

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE PRÉJUDICE MORAL

ET SA

RÉPARATION EN DROIT SUISSE

Thèse pour le Doctorat

présentée et soutenue le 29 Avril 1939, à 14 heures,

PAR

Mustafa KARDİÇALI

Président : M. ROUAST, professeur.
Suffragants { MM. ESMEIN, professeur,
 PLASSARD, chargé de cours.

PARIS

EDITIONS A. PEDONE

LIBRAIRIE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, rue Soufflot, 13

1939

LE PRÉJUDICE MORAL
ET SA
RÉPARATION EN DROIT SUISSE

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être consi-
dérées comme propres à leurs auteurs.*

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE PRÉJUDICE MORAL

ET SA

RÉPARATION EN DROIT SUISSE

Thèse pour le Doctorat

présentée et soutenue le 29 Avril 1939, à 14 heures,

PAR

Mustafa KARDİÇALI

Président : M. ROUAST, professeur.

Suffragants { MM. ESMEIN, professeur,
PLASSARD, chargé de cours.

PARIS

EDITIONS A. PEDONE

LIBRAIRIE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, rue Soufflot, 13

1939



INTRODUCTION

Le dommage causé au patrimoine d'autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Ce principe n'a jamais été contesté, par contre la réparation du dommage causé à certains droits, tels que l'honneur, la liberté, la santé, etc., a soulevé des controverses inépuisées tant sur son principe que sur son fondement.

Si le principe même de la réparation du préjudice moral est actuellement hors de cause, les auteurs se divisent en deux camps sur le fondement de la réparation du préjudice moral. Ces incertitudes résultent à notre avis de la fâcheuse confusion de ces deux ordres de dommages. Nous verrons, au cours de notre étude, comment le droit suisse s'est efforcé d'en faire la distinction ; distinction que l'on peut admettre établie actuellement comme l'une des divisions essentielles du Droit.

D'après l'objet sur lequel ils portent, les droits se divisent en deux catégories, les droits dits patrimoniaux et les droits dits de la personnalité. La loi protège les uns comme les autres. Le préjudice causé aux premiers est régi par les articles 41 et 97 C. O. qui posent le principe de dommages-intérêts. L'atteinte apportée aux seconds est prévue par l'article 49 C. O. qui consacre la règle de la satisfaction morale.

La « réparation » du préjudice moral soulève d'autres questions que celles posées par la réparation du dommage matériel. Les solutions apportées à ces dernières ne peuvent

être appliquées au préjudice moral, régi par des règles particulières.

Il y a là en effet deux principes distincts : Porter atteinte aux droits de la personnalité, léser les droits patrimoniaux, cela implique deux formes de responsabilité, soumises à des règles propres et que le droit a distinguées avec raison.

La notion du préjudice moral en droit suisse est indiscutablement d'origine française (1). Elle a cependant, remarquons-le, un trait particulier important et essentiel : elle n'est jamais assimilée au dommage matériel, contrairement à la solution française.

Dans ces conditions peut-être aurait-il été plausible d'exposer ici le système français. Nous nous dispensons de cette étude et renvoyons aux excellents ouvrages qui ont traité de la question (2).

Toutefois nous ferons un rapprochement entre certaines solutions du droit français et celles du droit suisse.

Le droit français est, de ce point de vue comme de tant d'autres, héritier du droit romain. Les recherches de Ihering ont apporté des précisions savantes sur le droit romain, qui

(1) Voir le Message du Conseil Fédéral du 3 mars 1905 et du 1^{er} juin 1909 : « Sur la proposition des membres suisses français de la commission qui invoquèrent la jurisprudence française, une disposition semblable à celle de l'article 61 (art. 54 C. O. Ancien et 47 C. O. Révisé) fut introduite aussi pour d'autres actes illicites qui portèrent une grave atteinte à la situation personnelle de quelqu'un. »

(2) DORVILLE, *L'intérêt moral dans les Obligations*, Paris, 1901. MANTELET, *La réparation du préjudice moral*, Paris, 1907. MALLON (P. de), *L'intérêt moral dans les obligations légales*, Caen, 1914. GANOT, *La réparation du préjudice moral*, Paris, 1924. TRIBES, *Fondement et caractère de la réparation du préjudice moral*, Montpellier, 1932. GIVORD, *La réparation du préjudice moral*, Paris, 1938.

avait assuré la réparation du préjudice moral dans la plupart des cas.

« La condamnation pécuniaire embrassait tous les intérêts que le droit considérait comme réclamant une protection et comme en étant dignes. La *vera rei aestimatio*, objet de l'estimation du juge, comprenait, entre autres, l'*affectus*, la *veracundia*, la *pietas*, la *voluptas*, l'*amœnitas*, l'*incommoditas*, etc.

« Il était accordé au plaignant une réparation non seulement pour les pertes pécuniaires mais aussi pour la diminution de son bien-être et de ses agréments, pour les incommodités, des troubles, des mortifications (1). »

Nous renvoyons également à cette étude qui peut être tenue comme définitive (2).

Contentons-nous de rappeler le talion et les amendes que la loi des XII Tables donnait contre celui qui s'était rendu coupable d'injures. Peines qui tombèrent en désuétude d'ailleurs, et seront remplacées par les peines arbitraires introduites par le prêteur. Dans ce système, l'estimation de l'injure (3) variait suivant le rang, la dignité et la considération morale de la personne injuriée. Cette pratique fut

(1) IHERING, Ein Rechtsgutachten betreffend die Gaubahn, *Jahrbucher*, vol. XVIII, p. 76, Iéna, 1880. Trad. Meul., t. II, p. 155.

(2) IHERING, *Œuvres choisies*, traduction Meulnaere, *De la faute en droit privé, Luité pour le droit*. DORVILLE, *op. cit.*, p. 25. MARTIN ACHARD, *Réparation pécuniaire du tort moral*, Genève, 1908, p. 11.

(3) L'*Injuria* du droit romain avait une acception très large. Voici le texte même (livre IV, titre IV, paragraphe I — voir Ortolan, t. II, p. 374) : « On commet une injure non seulement en frappant quelqu'un de coups de poings, de verges, ou de tous autres ; mais encore en faisant faire émeute autour de lui, en prenant possession de ses biens, se prétendant son débiteur et sachant bien qu'il ne doit rien, en écrivant, composant, publiant, un libelle ou des vers diffamants, ou en faisant faire méchamment une de ces

consacrée par les Institutes de Justinien (livre IV, titre IV) (1).

Quoi qu'il en soit, si la jurisprudence française a inspiré le système suisse, nous devons reconnaître que les anciens codes des Cantons ne semblent pas avoir complètement ignoré la question, mais le « Schmerzengeld » ou *pretium doloris*, admis par ces codes, n'était qu'un expédient insuffisant et ainsi les droits de la personnalité n'étaient protégés qu'exceptionnellement ou partiellement. En effet, le Code civil de Berne § 966, le Code civil de Lucerne § 718 et le Code civil de Zurich § 1844, 1845, prévoyaient, semblait-il, une indemnité pour le dommage moral subi par suite de lésions corporelles et mort d'homme (2).

Le Code civil ancien de Zurich, notamment, disposait dans le § 1844, qu'« en cas de faute grave ou de dol de l'auteur de la mort d'une personne, l'indemnité à allouer à la veuve, aux enfants, aux père et mère et aux frères et sœurs de cette personne en raison de la perte de leur soutien devait être fixée sans tenir compte de la succession laissée par le défunt ».

Il est vrai que cette disposition, vu son imprécision prête, à des interprétations divergentes. Cependant nous devons nous tenir à ce fait important que le Conseil fédéral l'a interprété dans le sens qu'elle donnait au juge la faculté d'allouer dans les cas prévus une indemnité dépassant le dommage matériel éprouvé par les réclamants. En effet, les ré-

choses ; en s'attachant à suivre une mère de famille, un jeune homme ou une jeune fille, en attendant à la pudeur de quelqu'un et enfin par une foule d'autres actions. »

(1) Voir M. Ortolan, *Des Instituts de l'Empire justinien*, t. II, p. 379, paragraphe 7.

(2) PRÉLAZ, *De la réparation du préjudice moral*, Lausanne, 1893, p. 39. M. ACHARD, *op. cit.*, p. 78.

dacteurs du Message du Conseil fédéral (1), venant à l'appui du projet de loi sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur du 1^{er} juillet 1875, déclaraient au sujet de l'article 6 du projet (article 7 de la loi) : « le principe exprimé dans cet article qu'en cas de dol ou de négligence grave, il peut être alloué au lésé une somme d'argent raisonnable, indépendamment du dédommagement qui lui est dû pour les pertes pécuniaires qu'il prouve avoir subies, repose sur des considérations d'équité et se trouvait déjà sanctionné dans plusieurs lois cantonales (voir Code zurichois, art. 1844 et 1845) ».

Notons que l'article 7 de la loi du 1^{er} juillet 1875 a servi de modèle à l'élaboration de l'article 54 C. O. (47 C. O. Révisé).

Nous consacrerons cette étude exclusivement au droit suisse. Malgré son intérêt considérable, nous regrettons de n'avoir pu étudier la jurisprudence turque à cause de l'insuffisance de notre documentation. Nous nous proposons, toutefois, d'y suppléer dans l'édition turque de cet ouvrage.

Il est intéressant de signaler que l'adoption par le droit turc des dispositions du Code suisse sur le préjudice moral n'est pas une innovation. En effet, la législation de Solymán le Magnifique, assurément, exemplaire pour son époque (2), admettait déjà la réparation du préjudice moral notamment en matière d'atteintes à l'honneur et à la considération.

(1) *Feuille fédérale*, 1874, vol. I, p. 915.

(2) « Henri VIII d'Angleterre envoya en Turquie une commission chargée d'y étudier la justice pour réviser d'après elle le système judiciaire anglais. » FAIRFAX, DOWNEY, *Solymán le Magnifique*, traduction Guillemin, Paris, 1930, p. 85. Voir ég. BROSCHE, *The height of Ottoman power*, Cambridge, 1904.

Si nous revenons maintenant au droit suisse, nous constatons que la question du préjudice moral, malgré son importance, n'a pas été l'objet d'études doctrinales suffisantes : M. Martin Achard (1), seul, l'a examinée dans son ensemble et sous l'empire du Code des Obligations Ancien. M. Prélaz (2) a publié un travail intéressant traitant seulement les cas de lésion corporelle et mort d'homme (art. 54 C. O. Ancien). D'autres auteurs (3) se sont occupés de la réparation du dommage en général et ont ainsi consacré quelques développements au préjudice moral. Citons enfin les articles (4) les plus importants qui ont envisagé la question sous de multiples aspects.

Depuis, une intéressante jurisprudence qui marquait une évolution importante du Droit restait non étudiée.

Dans ces conditions il nous a paru utile de mettre cette question au point. On pourra nous reprocher d'avoir fait de larges emprunts. Mais nous ne prétendons nullement faire œuvre de savant. Notre but est simplement d'exposer la question de notre point de vue personnel en recherchant sa consécration dans la doctrine et la jurisprudence.

(1) MARTIN ACHARD, *De la Réparation pécuniaire du tort moral*, Genève, 1908. Voir également HUGUENIN (R.), *Von der zivilrechtlichen Haftung*, Berne, 1909.

(2) PRÉLAZ, *De la réparation du Tort moral*, Lausanne, 1893.

(3) CHAUSSON J., *De l'obligation de réparer le dommage dont on est l'auteur*, Lausanne, 1892. CÉSÉROLE L., *Dommage et sa réparation en matière extra-contractuelle*, Lausanne, 1909.

(4) *Stoos Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1886, vol. V, 2^e, 3^e fasc. GRIVET, *Revue judiciaire, Journal des Tribunaux*, 15 mai 1887. BURCKHARDT, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 44, p. 473 et N. F. Bd 22. ALFRED MARTIN et FICK, *Zeitschrift für schweizerisches Recht...*, N. F. Bd 33, p. 91. THILO, *Schweizerische Juristen Zeitung*, 15 avril 1928, Heft, 20. BRUSTLEIN, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, vol. V, 1886, etc.

Nous étudierons la question dans deux parties : l'une théorique, l'autre pratique.

Dans la première nous consacrerons un chapitre à l'exposé des divers systèmes qui ont été proposés sur le principe même de la réparation du préjudice moral. L'exposé de ces systèmes, quoique fastidieux, n'en demeure pas moins important, tout d'abord par les précisions qu'ils apportent sur la question et leur influence sur l'évolution du Droit, de plus certaines critiques que nous exposerons prévalent encore dans la législation où la réparation pécuniaire du préjudice moral est ou restreinte (1) ou repoussée (2). Dans un second chapitre nous discuterons les deux théories qui cherchent à expliquer le fondement de principe de la réparation du préjudice moral. Enfin dans un troisième chapitre nous précisons les traits propres au droit suisse dans l'ordre théorique.

Il nous sera ainsi plus facile d'analyser dans une seconde partie les règles qui régissent la réparation du préjudice moral. Cette étude sera également faite en trois chapitres.

1. — Les cas dans lesquels il y a lieu à réparation du préjudice moral.

2. — La mise en œuvre de la responsabilité morale ou les particularités de l'action en satisfaction morale.

3. — La réparation morale. Les caractères et les effets de cette réparation.

(1) La législation allemande, italienne, danoise.

(2) La législation russe, monténégroise, portugaise.

PREMIÈRE PARTIE

La position et la solution théoriques de la question de la réparation du préjudice moral.

CHAPITRE PREMIER

La théorie de la réparation pécuniaire du préjudice moral. — Etude des systèmes.

Le principe de la réparation pécuniaire du préjudice moral fut une des matières les plus controversées du droit civil. De nombreux systèmes ont été soutenus, chacun s'attachant à un point plus ou moins important de la question. Ces divers systèmes peuvent être divisés en trois groupes :

1^o *Systèmes négatifs de la Réparation pécuniaire du préjudice moral.*

2^o *Systèmes restrictifs de la Réparation pécuniaire du préjudice moral.*

3^o *Système affirmatif de la Réparation pécuniaire du préjudice moral.*

Section I. — SYSTÈMES NÉGATIFS DE LA RÉPARATION PÉCUNIAIRE DU PRÉJUDICE MORAL.

C'est d'abord Savigny (1) qui a écarté la réparation pécu-

(1) SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. I, p. 330.

naire du préjudice moral, partant d'un point de vue purement théorique.

« On a souvent rangé, dit-il, parmi les droits les facultés inhérentes à l'homme, c'est-à-dire les droits que la qualité d'homme donne à l'individu, le droit d'aller et venir, de faire respecter sa personne, en un mot les diverses manifestations de la liberté. Ce sont, semble-t-il, des droits originaires de l'individu, des biens innés. Ces prérogatives de l'être humain ne rentrent pas dans le ressort du Droit privé... Ces droits originels n'ont nullement besoin d'être reconnus et définis par le droit positif, et ici c'est inutilement, c'est à tort que l'on confond ce pouvoir naturel avec ses extensions artificielles pour les mettre sur la même ligne et les traiter de la même manière. »

Mais Savigny lui-même marque, dans ses propositions, sinon des contradictions, du moins certaines hésitations, quand il déclare : « Plusieurs institutions du droit positif sont effectivement destinées à protéger le pouvoir naturel de l'homme sur sa propre personne contre les agressions de ses semblables, ainsi une grande partie du droit criminel, puis les nombreuses dispositions du droit civil faites en vue de prévenir la diffamation, la fraude, la violence... »

Par ailleurs, il ajoute : « Le droit de famille touche de plus près que les droits appelés originels et ces derniers se trouvent exclus du droit positif ; on doit reconnaître que le droit de famille ne rentre qu'en partie sous l'empire du droit positif. »

On sait, en effet, que Ihering a vivement combattu à ce sujet les idées de l'école historique. L'opinion de Savigny doit être rejetée pour deux raisons : tout d'abord, elle n'est nullement conforme aux principes du droit romain (ainsi que nous l'a montré Ihering), ni du droit positif moderne.

D'autre part, on ne voit aucune raison juridique d'écarter les droits de la personnalité du ressort du droit privé. Savigny lui-même ne marque-t-il pas de graves hésitations ? Ce qui est vrai dans ses affirmations, c'est sa remarque qu'il ne faut pas confondre les droits de la personnalité et les droits patrimoniaux qui seraient les extensions artificielles des premiers. Nous verrons plus tard que la jurisprudence suisse s'est également inspirée de la même idée. Mais rien ne s'oppose à la consécration des droits de la personnalité par le droit privé, et ainsi à leur protection.

En second lieu, certains auteurs, se plaçant à un point de vue technique, s'efforcent d'écarter la réparation pécuniaire du préjudice moral. Ils remarquent, en effet, que les règles de la théorie des dommages-intérêts ne peuvent s'appliquer au cas du préjudice moral.

Massin (1) affirme : « L'argent est loin d'être l'équivalent de toutes choses, il ne saurait remplacer que ce qui est pécuniairement estimable. Puisqu'il ne s'agit ici que de dommages-intérêts en argent, il ne saurait sous peine de cesser de mériter le nom d'équivalent compenser que des préjudices pécuniaires. C'est en effet ce qui résulte de tous les articles du code (français) relatifs à la composition des dommages-intérêts. L'honneur d'une famille, la considération d'une personne, la satisfaction d'avoir à son foyer sa femme et ses enfants ne figurent pas dans le patrimoine. On ne saurait trop regretter sans doute que dans une législation comme la nôtre, il existe encore des droits dénués de sanction, mais c'est la conséquence nécessaire du caractère strictement réparateur de l'équivalent pécuniaire. »

(1) MASSIN, *Exécution forcée des obligations de faire et de ne pas faire*, Paris, 1893, p. 377.

Dans cet ordre d'idées, Meynial (1) déclare : « Si l'injure, le crime ou le délit ne porte aucune atteinte même indirecte à la fortune présente ou future de la personne lésée, la satisfaction pécuniaire qu'on aurait tendance à accorder n'aurait aucun sens puisqu'elle ne réparerait rien. »

C'est également dans le même sens que se prononcent Baudry-Lacantinerie et Barde (2). Ils remarquent, en effet, d'une part pour la responsabilité contractuelle : « Les termes mêmes de l'art. 1149, ces expressions perte et gain prouvent assez que les dommages-intérêts alloués pour inexécution d'une obligation ne sont destinés à effacer les conséquences de cette inexécution que dans la mesure où elle entraîne la diminution ou empêche l'accroissement du patrimoine du créancier. Or, un préjudice purement moral ne porte aucune atteinte à ce patrimoine. Il ne peut donc pas donner lieu à des dommages-intérêts (arrêt de la Cour de Paris 27 mars 1873 ; req. 17 février 1874). » D'autre part, pour la responsabilité délictuelle, ils déclarent que le rôle « des dommages-intérêts ne peut être que de rétablir dans le patrimoine de celui qui les obtient une valeur dont ce patrimoine a été injustement diminué. Or, dans l'hypothèse d'un dommage moral on n'a pas à poursuivre ce résultat puisque le patrimoine de la partie lésée n'a pas subi de diminution. »

Cette critique, basée sur le fait que les règles de la théorie des dommages-intérêts sont propres au dommage matériel et qu'elles ne peuvent s'appliquer en matière du préjudice moral est exacte ; mais elle n'implique aucunement la négation de la réparation morale. Ce qui est vrai, en effet, c'est

(1) MEYNIAL, *Revue pratique de droit civil*, 1884, p. 438.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité des obligations*, t. III, 2^e partie, n^o 2871, p. 1102.

que le but de la sanction, en cas de dommage matériel, c'est la réparation par équivalent du préjudice éprouvé (perte subie, gain manqué).

Le but de la réparation morale n'est pas le même. On ne recherche plus un équivalent matériel et intégral ; mais il s'agit de mettre à la charge de l'auteur de la lésion une assistance légale en faveur de la victime du dommage moral dont le but est de soulager l'amertume, d'atténuer les souffrances qui sont les suites des atteintes illicites. Les règles qui régissent ces deux sortes de réparation doivent être par la force des choses différentes et propres au cas dont il s'agit. Nous verrons ultérieurement que telle est la position du droit suisse.

Mais certains auteurs ont fait une critique plus directe : « Si l'on s'engage, dit-on (1), dans cette voie, où s'arrêter sans tomber dans l'arbitraire ? Comment fixer également, sans tomber dans l'arbitraire, le chiffre des dommages-intérêts, donnera-t-on dix francs, en donnera-t-on 100, en donnera-t-on 100.000 ? il n'y a aucune base mathématique qui permette de le dire. On est donc en présence, non pas d'une simple difficulté d'application, mais d'une véritable impossibilité matérielle qui rend un pareil système inadmissible. »

Ainsi donc, en se basant sur le caractère d'impossibilité d'estimation en argent des droits ou intérêts atteints, on refuse leur protection pécuniaire, la sanction la plus efficace contre les lésions morales.

Sans parler des difficultés semblables dans certains cas de dommage matériel (atteinte au crédit commercial), on

(1) Voir notamment BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité des Obligations*, t. III, 2^e partie, n° 2871, p. 1102.

doit remarquer, d'une part, que l'arbitraire qu'on craint est réduit par le fondement de la sanction morale, qu'est l'équité. Et d'ailleurs, le juge n'est pas démuné de tout élément d'appréciation. Sans doute, contrairement au cas du dommage matériel, le juge n'a que des éléments subjectifs d'appréciation tels que : la gravité de la faute et du préjudice, les situations sociales et financières des parties, mais il faut toujours partir de cette idée qu'on ne cherche pas une réparation équivalente au dommage mais une satisfaction efficace et conforme, dans la mesure du possible, à la nature de la lésion morale.

Ihering (1) a combattu vivement cette dernière objection. Après avoir dit que « l'argent contient notre indépendance morale et économique », il remarque : « Quelle mesure possède le juge pour évaluer en argent la valeur d'une lésion juridique qui aurait pour objet non la chose mais la personne ? Je réponds, quelle mesure a-t-il pour comminer une peine ? Etablira-t-il, 10, 20, 30, 100 francs. Mettons dans cette position un théoricien à scrupules, un logicien qui ne fait rien sans raison coercitive, il ne parviendra jamais à une décision... Ce sera la position de l'âne de Buridan placé entre deux bottes de foin absolument égales. En réalité, aucun âne n'est encore mort de faim dans cette situation, il n'y a que l'âne de la théorie qui puisse faire ce tour de force, car il ne souffre pas de faim. Il en est de même du juge, le caractère sérieux de sa mission, la responsabilité de sa position le garantissent contre ces vains scrupules de la dialectique...

« Refuser au juge toute compétence lorsqu'il s'agit d'atté-

(1) Ihering. L'évolution du droit, p. 323. *Œuvres choisies*, trad. Meul., t. II, p. 157.

nuer un dommage moral, ce serait avouer vainement que la main de la justice est plus habile à frapper qu'à guérir, à punir qu'à récompenser. »

En troisième lieu, certains auteurs repoussèrent la réparation pécuniaire par des arguments d'ordre moral.

Brüstlein (1) remarque : « Dans une société où les notions d'honneur et d'argent tendent à se confondre, où elles deviennent choses fongibles, où quiconque découvre un trou dans le vêtement de son honneur, réclame de l'auteur du dommage quelques billets de banque pour boucher le trou, les applique au bon endroit et se fait à lui-même la douce illusion de porter une robe d'innocence pure et sans tache. »

En ce sens Reiffel (2) affirme : « Il n'y a qu'un homme habitué à recevoir des aumônes ou moralement déchu, qui puisse accepter une semblable indemnité ; un homme comme il faut, qui sait marcher dans le monde sans mendier, devrait jeter cet argent à l'eau ; chaque jouissance qu'il se procurerait avec cet argent lui rappellerait la perte irréparable qu'il a soufferte et sa jouissance se transformerait en souffrance. »

Hartmann (3) également se prononce en même sens : « Il est contraire aux idées reçues par le peuple allemand d'évaluer pécuniairement les affections les plus sacrées et de faire contrebalancer une atteinte morale par une prestation pécuniaire. »

Cette objection d'immoralité n'est pas solide. On a, en

(1) BRÜSTLEIN-*Zeitschrift für schweizerisches Recht*, vol. V, Bâle, 1886.

(2) REIFFEL, *Zeitschrift für franz. Recht*, v. XX, p. 691 ss.

(3) HARTMANN, *Archiv für die Civilistische Praxis*, Ann. 1888, p. 344.

effet, fait remarquer avec justesse que « l'on avait tort de confondre la cession de certains biens immatériels : réputation, honneur, avec la réparation de ces mêmes biens qui provient d'un sentiment idéaliste » (1). Négliger toute sanction contre ces atteintes, n'est-ce pas les encourager ? M. Martin Achard (2) remarque qu'une « législation qui ne contient pas de dispositions protégeant les biens immatériels, aboutit à des résultats profondément injustes qui, eux, peuvent encourir le reproche d'immoralité ».

Ainsi donc, il faut souligner que la réparation ne remplace pas la perte irréparable mais sert à obtenir la reconnaissance du droit par l'auteur de la lésion.

Il reste vrai que cette indemnité comporte le danger que l'on ne fasse valoir abusivement des prétentions dans le but de se procurer de l'argent par des procédés immoraux. Mais il est possible, dans une législation bien faite, d'éviter ces abus. C'est ainsi, d'ailleurs, qu'en droit suisse le juge peut écarter l'indemnité satisfactoire s'il s'aperçoit que le demandeur poursuit plutôt un but immoral (T. F., 29 octobre 1909. Cour de justice civile 9 janvier 1909. T. F., 8 juin 1937).

Section II. — SYSTÈMES RESTRICTIFS DE LA RÉPARATION PÉCUNIAIRE DU PRÉJUDICE MORAL.

Certains auteurs cherchent à restreindre la réparation pécuniaire à certaines hypothèses de préjudice moral.

(1) MINOZZI, cité par M. DEMOGUE, *Traité des Obligations*, t. III, n° 405.

(2) MARTIN ACHARD, *De la réparation pécuniaire du tort moral*, Lausanne, 1908, p. 176.

A. — Tout d'abord, il y a des auteurs qui soutiennent que le préjudice moral ne peut être pécuniairement réparé que s'il en résulte, par voie de conséquence, un dommage économique.

Ainsi M. Meynial déclare : « Les dommages-intérêts sont la somme d'argent représentant l'évaluation pécuniaire des droits du créancier que le débiteur est condamné à payer pour être libéré. Le seul usage auquel les dommages-intérêts soient propres consistent à remettre dans la fortune du créancier la valeur pécuniaire dont elle a été diminuée.

« Cette solution est d'ailleurs satisfaisante en pratique car si l'on veut apprécier la valeur d'affection d'une chose comment le pourra-t-on puisqu'elle varie selon les individus d'une manière non apparente et même chez chaque individu selon le caprice du moment. On arriverait à l'arbitraire le plus absolu.

« Dans les obligations contractuelles, ou quasi contractuelles, ce principe n'offre guère de difficultés, car on n'a l'habitude de contracter qu'en vue d'un avantage pécuniaire, et si parfois il s'y ajoute un intérêt d'affection, il est toujours vrai de dire que la chose à prêter a une valeur indépendante de cet intérêt.

« Au contraire, au cas de délit il se peut que le dommage consiste dans une atteinte portée à un bien incorporel, honneur, considération, etc... Résulte-t-il de cette théorie que l'honneur ayant pour principale valeur le prix d'affection, on doive conclure que celui qui y attentera ne sera condamné à aucun dommage-intérêt ? Non, car l'honneur même comme presque toutes choses peut parfois s'apprécier en argent, par exemple c'est un commerçant qu'on déconsidère, une fille qu'on déshonore. La déconsidération jetée sur le nom du commerçant peut ruiner son crédit et

par suite en arrêtant l'expansion de sa fortune lui causer un préjudice pécuniaire très estimable. De même pour une jeune fille à qui le déshonneur enlève la chance d'un établissement avantageux. Mais supposons au contraire que l'injure, le crime ou le délit ne porte aucune atteinte même indirecte à la fortune présente ou future de la personne lésée, la satisfaction pécuniaire qu'on aurait tendance à accorder n'aurait aucun sens, puisqu'elle ne réparerait rien (1). »

C'est également l'idée de M. Carette : « L'intérêt ne doit pas seulement être direct et personnel, il doit encore être positif et appréciable... Si un objet vous est soustrait, auquel vous attachez un prix d'affection considérable, ce n'est pas ce prix qui servira de base à la réparation civile, à laquelle vous avez droit. Est-ce à la douleur d'un père, est-ce au désespoir d'une mère privés de leur enfant par une imprudence ou un crime que les tribunaux accordent quelquefois ces dommages-intérêts dont l'allocation serait tout à fait dérisoire et immorale s'ils avaient pour objet une compensation quelconque d'un malheur dont rien ne saurait alléger le poids. Non, c'est uniquement en vue de l'assistance que ces parents pouvaient avoir espoir de trouver un jour ou l'autre dans leur enfant (2). »...

Comme M. Dorville le relève (3) : ce n'est pas, en réalité, le préjudice moral que l'on répare, dans ce système, mais plutôt un préjudice matériel. Il convient de remarquer, d'autre part, qu'il y a là un préjudice matériel souvent

(1) MEYNIAL, *Revue pratique*, 1884, p. 438.

(2) CARETTE note sous Cass., 24 septembre 1846, S. 1846. 1. 658. Voir également dans le même sens : DALLOZ, *Supplément au Répertoire*, « Responsabilité », § 278, p. 521.

(3) DORVILLE, *op. cit.*, p. 57.

indirect. Or, une telle réparation serait contraire aux principes du droit français qui n'admet que la réparation du préjudice direct. Toutefois, ce système a trouvé un écho dans certaines décisions de jurisprudence (1).

B. — D'autre part, MM. Aubry et Rau (2) ont estimé que le préjudice moral ne peut être pécuniairement réparé que s'il a été causé par un délit criminel. Voici leur formule : « Tout délit engendre l'obligation de réparer le dommage actuel et certain qui en est résulté pour autrui. Le dommage comprend toujours la perte et le gain que le délit a occasionnés à une personne. Il comprend, en outre, du moins lorsqu'il s'agit d'un délit de droit criminel, le tort moral que le délit a fait éprouver à la personne lésée, soit en la touchant dans sa sûreté personnelle ou dans la jouissance de son patrimoine, soit en la blessant dans des affections légitimes. »

Ce système n'a aucune base solide. En effet, aucun texte ne peut être invoqué à l'appui de la proposition de MM. Aubry et Rau et rien ne paraît la justifier. Il faut reconnaître, toutefois, que, dans l'ancien droit français, c'était surtout dans les cas de délits criminels qu'on réparait le préjudice moral. Mais ce n'était pas là une règle d'ordre général. D'autre part, ce système est contraire au principe de la distinction du délit civil et du délit criminel, en droit moderne.

Au contraire, nous verrons, en étudiant la jurisprudence suisse, que dans les cas où la loi pénale punit également

(1) Aix, 14 juin 1870, Dal. 72.2.97, Bruxelles, 13 janvier 1890, S. 90.4.23 ; Bordeaux, 30 nov. 1881 ; Dalloz, *Supp.*, v^o Responsabilité, p. 521.

(2) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, 4^e édition, t. IV, p. 748. Dans la 5^e édition on se rallie au système de la jurisprudence.

l'auteur de l'acte illicite, la jurisprudence fédérale admet parfois qu'il y a là déjà une satisfaction pour le lésé et tient compte de ce fait dans l'appréciation de l'indemnité satisfaisante qu'elle alloue à la victime d'un préjudice moral.

C. — D'autres auteurs proposent la limitation de la réparation pécuniaire à certains intérêts qui leur paraissent avoir une valeur plus importante que d'autres.

C'est ainsi que Trebutien (1) professait : « L'intérêt est la mesure des actions. Tout ce qui ne touche pas à notre personne, à nos biens, à notre réputation, tout ce qui n'est pour nous qu'un intérêt purement moral ne peut être considéré comme un dommage et ne saurait légitimer de notre part l'exercice d'une action...

« La douleur que fait éprouver la perte d'un parent aimé est-elle une base suffisante à l'action en dommages-intérêts ? Il vaut mieux reconnaître qu'en pareil cas aucune réparation n'est due. Nulle perte appréciable à prix d'argent n'a été faite. Nul bien positif n'a été ravi, il est vrai de dire que la douleur causée par la perte d'un parent ne saurait se chiffrer par une somme d'argent. »

M. Laborde (2) a affirmé de même : « On voit la pratique hésiter quand elle est en présence d'un intérêt purement moral et exiger la preuve d'un préjudice matériel. Quelle est la cause de ces hésitations ? Il semble qu'elle ne sait pas distinguer l'affection de l'intérêt moral... Cette confusion doit être évitée, car la différence des deux choses est sensible théoriquement et se traduit pratiquement par cette formule : « L'affection n'a pas de valeur et le bien moral en a une. » L'affection est, en effet, un sentiment personnel.

(1) TREBUTIEN, *Cours de droit criminel*, t. II, p. 25.

(2) LABORDE, *Revue critique*, 1894, p. 23.

Elle répugne à toute évaluation pécuniaire. La preuve de son existence et de son degré ne peut se faire que par le témoignage même de la personne qui l'invoque, car elle est tout en elle ou dans les marques extérieures qu'elle donne elle-même de ses sentiments. Admettre cette preuve ce serait violer la règle qu'on ne peut se créer un titre à soi-même. Très différent est le bien moral : il consiste dans l'opinion du public sur l'honneur, la considération, la réputation d'une personne. Pour prouver son existence et son degré, on fait appel à l'appréciation des tiers. »

C'est également le système de Mangin (1) : « Il ne suffirait pas non plus que le délit l'eût blessé dans ses affections parce que la réparation de cette lésion se trouve dans la peine que la loi inflige au coupable...

« L'action civile ne peut donc avoir pour base qu'un dommage éprouvé dans la personne, les biens ou la réputation de celui qui l'exerce. »

M. Mathias (2) défend le même système :

« Il y a des biens non pécuniaires qui peuvent être l'objet d'une estimation générale et objective, comme la vie, l'honneur, la santé : pour ceux-là il est juste d'accorder en cas de lésion une satisfaction, mais pour les autres biens non pécuniaires à valeur purement subjective, ceux qui ont trait par exemple à l'affection, il n'y a pas de satisfaction possible, donc pas de réparation pécuniaire. »

Ainsi donc, le système de ces auteurs se résume en cette formule : le préjudice moral ne peut être pécuniairement réparé que s'il est causé par une atteinte à l'honneur, à la considération, à la réputation. Et tous s'accordent pour

(1) MANGIN, *De l'action publique et de l'action civile*, t. I, n° 123.

(2) MATTHIAS, *Lehrbuch des bürgerl. Gesetzbuches*, § 847.

exclure l'intérêt d'affection parce qu'il n'a pas une valeur générale.

D'autres auteurs ont proposé d'autres systèmes. Ainsi M. Seng (1) donne une liste d'intérêts pouvant être pécuniairement réparés :

« Les atteintes aux biens sont de trois sortes, celles aux biens pécuniaires, celles aux biens non pécuniaires sur lesquels repose notre jouissance matérielle de la vie, et celles aux biens non pécuniaires de nature idéale. »

Les intérêts du second groupe comprennent les maux corporels, les maladies, paralysies, défiguration, la perte de sens, de l'intégrité corporelle, la perte d'un parent, d'une épouse, d'enfants, la perte de jouissances attachées au libre exercice du droit de propriété, etc.

Ceux du troisième groupe sont : l'atteinte à l'honneur, la rupture des fiançailles, la séduction, la bigamie, la perte de l'amour ou de l'amitié, l'atteinte au respect familial, la perte des reliques, de papiers de famille.

D'après Seng ce sont ces intérêts seulement qui peuvent être protégés par une indemnité pécuniaire (2).

Enfin, Von Liszt (3) propose un système plus juridique : d'après lui, on ne doit protéger qu'un intérêt reconnu juridiquement.

Ces systèmes, qui cherchent à limiter la réparation pécuniaire aux atteintes à certains intérêts moraux à l'exclusion

(1) SENG, *Archiv für bürgerliches Recht*, vol. V, p. 362 s.

(2) SENG admet que l'indemnité pécuniaire, allouée dans le cas d'une atteinte à un intérêt compris dans le deuxième groupe, est allouée à titre de réparation, par contre, dans le cas d'une atteinte d'intérêt faisant partie du 3^e groupe, l'indemnité joue le rôle d'une punition pour l'auteur de la lésion.

(3) Von LISZT, « Delikts, Obligationen », *Bürgerliches Gesetzbuch*, p. 26.

d'autres, peuvent être considérés comme une réaction contre le droit français qui ne reconnaît aucune limite à l'intérêt moral. En effet, Von Liszt dit qu'il propose son système pour éviter « l'exagération où la jurisprudence française est tombée ». On doit admettre que cette exagération est manifeste (voir notamment les arrêts de : Paris, 17 mars 1864 ; Paris, 18 juin 1884, Dalloz 85.2.192 confirmant le jugement du Tribunal de la Seine ; Tribunal de paix de Saint-Martin, de Talamas, 3 oct. 1911 ; tribunal de commerce de la Seine, 4 décembre 1923 (1), etc...) Certains auteurs approuvent cependant cette jurisprudence, tel M. Robert qui déclare que « la vérité est avec le système qui affirme la réparation judiciaire de tout dommage moral quel qu'il soit d'une manière absolue (2). »

Mais de leur côté ces systèmes restrictifs n'ont aucune base solide. S'il convient d'admettre qu'il ne faut pas sortir du domaine juridique, les limites de celui-ci ne sont pas nécessairement laissées aux appréciations arbitraires de la doctrine. Nous verrons qu'en droit suisse il s'agit de protéger des droits et non des caprices particuliers qui sont en dehors du domaine juridique. Mais les droits doivent être et sont protégés sans aucune limitation.

Section III. — LE SYSTÈME AFFIRMATIF DE LA RÉPARATION PÉCUNIAIRE DU PRÉJUDICE MORAL.

C'est la majorité de la doctrine qui se rallie à cette théorie affirmative. En France, on peut citer, notamment : Sourdat, Demolombe, Larombière, Huc, Laurent, Rauter, Dorville,

(1) Cités par Ganot, *op. cit.*

(2) F. ROBERT, *Le Dommage moral et sa réparation pécuniaire étudiée du point de vue du droit français*, Paris, 1907, p. 305.

Givord ; en Allemagne : Ihering, Gierke, Planck, Kohler, Windscheid, et en Suisse, depuis Vicat, presque tous les auteurs.

Vicat (1) affirme : « Rien ne doit demeurer à la charge de la partie lésée et le mal tant qu'il se peut doit se rejeter sur les violateurs du droit d'autrui : quand même le degré de bonté qu'un objet aurait par rapport à moi résulterait uniquement de l'effet agréable que la possession de cet objet faisait sur mon imagination, à raison des circonstances dans lesquelles tout autre homme communément serait affecté de la même manière, s'il se trouvait dans les mêmes circonstances extérieures, ce sera sur le pied de ce degré de bonté, sur le pied de cette valeur qui est appelée « valeur d'affection » qu'il faudra que la réparation se fasse ».

Ihering (2), qui a apporté beaucoup de lumière dans la question, déclare : « Le demandeur devait recevoir réparation non seulement pour les pertes pécuniaires mais aussi pour les restrictions apportées à son bien-être ou à ses convenances, pour les désagréments, les agitations d'esprit, les vexations qui lui ont été causées. »

Windscheid (3) précise : « Tout préjudice se résout en une sensation douloureuse et tous dommages-intérêts en un moyen de se procurer des sensations agréables. »

Kohler (4), de son côté, argue « qu'il ne s'agit pas là de vendre les jouissances de la vie, l'honneur ou la liberté, de les estimer à coup de prestations pécuniaires ; il s'agit de

(1) VICAT, *Traité du droit naturel*, Lausanne, 1777.

(2) IHERING, voir surtout « Ein Rechtsgutachten betreffend die Gaubahn », *Jahrbücher*, vol. XVIII, *Zweck in Recht*.

(3) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, § 250, n° 3, et II, § 445, 7^e édition.

(4) KOHLER, *Ideal in Recht*, p. 257.

parer à une situation dans laquelle des biens ont été lésés sans droit et à la suite de laquelle un sentiment de trouble est né, il est nécessaire d'apporter à l'âme blessée un sentiment de bien-être qui, au moins en partie, compense le trouble souffert.

« Les biens de valeur idéale sont inestimables, ils ne se laissent jamais absolument réparer, mais cependant nous devons nous efforcer de compenser la souffrance que procurent leurs lésions le mieux que nous pouvons. »

La réparation pécuniaire du préjudice moral est équitable et justifiée en pratique. Elle est consacrée par le législateur suisse dans l'article 49 C. O.

Discutons maintenant les deux théories concernant la nature de la réparation du préjudice moral. Nous nous engagerons ensuite dans l'analyse théorique de l'ensemble de la question en droit suisse.

CHAPITRE II

Le fondement de la réparation morale.

Si le principe même de la réparation du préjudice moral est définitivement accepté en France comme en Suisse, des controverses subsistent quant à la nature de cette réparation, et partagent les auteurs en deux groupes :

Pour les uns, la réparation du dommage moral et la réparation du dommage matériel ne sont pas essentiellement différentes l'une de l'autre ; il s'agit toujours d'une équivalence avec le préjudice subi.

C'est la théorie satisfaisante des dommages-intérêts ou « la théorie de la réparation pure ». Nous lui consacrerons une section I.

Pour les autres, la réparation du dommage moral n'est qu'une application de peine privée ; il s'agit simplement de sanctionner un acte fautif, sanction qui se traduit par une condamnation pécuniaire au profit de la victime.

Nous abordons ici la théorie fondant la réparation morale sur l'idée de peine privée. Nous l'étudierons dans une seconde section.

Section I. — THÉORIE SATISFACTOIRE DES DOMMAGES-INTÉRÊTS OU THÉORIE DE LA RÉPARATION PURE.

C'est Windscheid qui a développé cette théorie en Alle-

magne. Elle a été adoptée par la majorité de la doctrine (1) française et suisse (2).

Les partisans de cette théorie admettent qu'il y a toujours une réparation satisfaisante, qu'il s'agisse d'un dommage matériel ou d'un préjudice moral. Le but de la réparation c'est de procurer à la victime une satisfaction équivalente au préjudice (matériel ou moral) qu'elle a éprouvé. La victime d'un préjudice moral éprouve des douleurs, la réparation va rétablir l'équilibre rompu. « Grâce à l'argent, la victime pourra, suivant ses goûts et son tempérament, se procurer des sensations agréables qui viendront contrebalancer les sensations ou douloureuses ou désagréables (3). »

Il est vrai qu'une réparation est plus facile dans le cas de la réparation du préjudice matériel que dans le cas de la réparation du préjudice moral. Mais le but c'est toujours le même et on en conclut qu'entre la réparation du préjudice moral et la réparation du préjudice matériel il n'y a peut-être qu'une différence de mesure mais non pas de nature.

Les partisans de la théorie satisfaisante des dommages-intérêts précisent que la somme allouée pourra procurer des satisfactions qui contrebalanceront les douleurs subies par la victime. « La victime se procurera avec l'argent qui lui a été alloué à titre de dommages-intérêts, des jouissances,

(1) DORVILLE, *op. cit.*, p. 346. DEMOGUE, *Réparation civile des délits*, p. 51. *Obligations*, t. IV, n° 405. GANOT, *op. cit.*, p. 56. MAZEAUD, t. I, p. 313. JOSSERAND, *Les transports*, n° 97. ESMEIN, *Revue critique*, 1927, p. 513. GIVORD, *op. cit.*, p. 126.

(2) GRIVET, *op. cit.*, p. 129. T. GUHL, *Untersuchungen zum art. 51 O. Ar. p.* 51. VAN MUYDEN, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, t. 5. NEUE FOLGE, p. 651. MARTIN ACHARD, *op. cit.*, p. 147 ss. STOOS, *op. cit.*, p. 607.

(3) WINDSCHEID, *K. Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7^e éd., vol. II, p. 455.

soit jouissances des sens, soit jouissances morales, soit enfin jouissances intellectuelles, qui viendront contrebalancer les souffrances endurées (1). »

On croit, en effet, que l'argent pourra toujours procurer des satisfactions d'un ordre presque identique à celui de l'intérêt moral. Grâce à sa valeur ou pouvoir d'échange, l'argent joue, dans la réparation du préjudice moral, un rôle compensatoire qui ne diffère pas, de par sa nature, de la réparation du dommage moral.

« Réparer un dommage n'est pas seulement refaire ce qu'on a détruit, œuvre souvent impossible à réaliser, c'est aussi donner à la victime la possibilité de se procurer des satisfactions équivalentes à ce qu'elle a perdu ; elle est libre de les chercher où il lui plaît. Le véritable rôle des dommages-intérêts est un rôle satisfactoire.

« Il s'agit seulement de trouver un équivalent, de placer dans le patrimoine moral un élément d'actif égal à celui qui a été détruit, cela l'argent le peut toujours (2). »

En effet, la théorie de la réparation pure ne peut pas se passer de l'idée d'équivalent concret. Ce raisonnement conduit certains auteurs à énumérer les plaisirs divers que procure l'argent et qui serviront d'équivalent au préjudice moral (3).

(1) PERITCH. De l'épicurisme dans le droit privé. *Revue critique*, 1908, p. 487.

(2) MAZEAUD, *Traité de la Responsabilité*, t. I, n° 313.

(3) M. Boistel dit, dans sa philosophie du Droit, t. I, p. 462 : « En somme, la souffrance subie par l'individu lésé sera compensée par la jouissance quelconque qu'il pourra se procurer au moyen de la somme allouée, par exemple, en se transportant à la campagne ou au bord de la mer, ou dans le Midi, pour rendre sa convalescence plus agréable ou plus prompte ou plus effective ; par exemple, en allant visiter les proches parents du défunt aux derniers moments duquel il n'a pu assister. »

La conclusion logique serait que les mêmes principes régissent la réparation du préjudice matériel et moral. Pourtant, presque tous les partisans de la théorie reconnaissent des particularités au préjudice moral (1).

Quelle est la valeur de la théorie satisfaisante des dommages-intérêts ?

Disons tout d'abord qu'elle est insuffisante, artificielle, sinon inexacte ou immorale comme on l'a affirmé. En effet, elle explique la raison d'être de la sanction, mais pas la sanction elle-même.

La loi qui assume la protection des droits civils de l'homme doit assurer, dans le cas d'atteinte à ceux-ci, une satisfaction à la personne lésée. La théorie de la réparation pure est conforme à l'évolution du Droit ; mais elle n'est plus exacte quand elle assimile les unes aux autres, les sanctions qui interviennent en cas de préjudice moral et en cas de dommage matériel. Si le but des deux sanctions est le même : satisfaire la victime dont le droit est atteint, les moyens d'y arriver diffèrent. Une distinction s'impose :

Ainsi que nous l'avons signalé, des règles particulières régissent ces deux cas de préjudice.

La satisfaction qu'on veut assurer à la victime d'un dommage dans ses droits patrimoniaux, se fait par le moyen normal de la réparation en nature ou en équivalent de même nature. Or, ce moyen est impossible dans le cas du préjudice moral ; la nature même des droits atteints s'y oppose. On y supplée alors par un autre moyen de protec-

M. Peritch, surtout, met en équation la somme des plaisirs et des souffrances qui constituent le premier terme d'une équation dont l'autre est zéro. Voir *op. cit.*, p. 492.

(1) Voir notamment DORVILLE, *op. cit.*, p. 360. GIVORD, *op. cit.*, p. 261.

tion, un moyen de satisfaction imparfait. C'est une réparation représentative et non en équivalent et qui se distingue par des traits propres. La Théorie satisfactoire des dommages-intérêts ne tient pas compte de ces particularités. Elle voit dans le cas du préjudice moral, comme dans le cas du dommage matériel, une réparation par équivalent. Car l'argent, dit-on, a ce pouvoir d'échange. « Ce que la partie civile a enduré sera oublié, couvert, anéanti par la joie d'âme qu'elle sera maintenant en mesure de se donner, grâce aux dommages-intérêts qui lui sont alloués par le Tribunal (1). » La théorie satisfactoire est ainsi une conception trop matérialiste. Ce qui est vrai, c'est que l'idée d'équivalence est fictive ou représentative dans le cas de la réparation morale, alors que dans le cas des dommages-intérêts elle est réelle et concrète. Mais les deux choses ne se confondent jamais.

Par ailleurs, la théorie de la réparation pure se fonde sur une explication artificielle de la satisfaction qu'on s'efforce d'assurer à la victime du préjudice moral. En effet, celle-ci, lorsqu'elle agit en réparation, ne cherche pas, en général, à toucher une somme d'argent, en vue de se procurer des sensations agréables pour contrebalancer sa douleur, mais elle veut la satisfaction qu'engendre la reconnaissance de son droit de la façon effective que constitue la condamnation de l'offenseur à lui payer une indemnité équitable. Celle-ci n'est pas un remède naturel mais un expédient nécessaire et équitable qui ne se confond pas avec le premier.

Si le législateur a adopté le mode de la réparation pécuniaire, ce n'est pas parce qu'elle constitue l'équivalent du

(1) PERITCH, *op. cit.*, p. 487.

préjudice, mais parce qu'elle y supplée de la façon la plus pratique. Il est vrai, en effet, que l'argent contient notre indépendance morale et notre indépendance économique, d'où l'efficacité (1) de la réparation pécuniaire. Mais il est aussi vrai que les droits de la personnalité ne se plient pas à une estimation pécuniaire, d'où l'impossibilité pour l'argent de remplir sa fonction d'équivalence, comme en matière de réparation du préjudice matériel. Il n'y a pas de corrélation directe entre la nature de la lésion et celle de la condamnation, mais il y a une nécessité pratique qui s'impose.

Par conséquent, la réparation à accorder au lésé revêt plus la forme d'une indemnité satisfaisante, mise à la charge de l'auteur responsable du préjudice moral, que celle de l'équivalent d'une souffrance morale (2), comme le soutiennent les partisans de la théorie satisfaisante des dommages-intérêts.

Ainsi donc, nous reconnaissons que l'indemnité a, en cas de préjudice moral, un rôle non plus de réparation mais de satisfaction d'un genre particulier.

Section II. — THÉORIE FONDANT LA RÉPARATION MORALE SUR L'IDÉE DE PEINE PRIVÉE.

C'est l'antithèse de la théorie satisfaisante des dommages-intérêts.

On sait qu'au début, dans les sociétés antiques, la peine privée régnait sur le droit entier et avait la vengeance pour base.

(1) Il existe une autre raison d'ordre technique pour que la compensation accordée soit une indemnité en argent. C'est la facilité de l'exécution de l'obligation de somme d'argent.

(2) T. F., 22 mai 1905 (*Rec. off.*, 1905, II).

Dans la théorie des dommages en droit romain, la distinction entre la répression et l'indemnisation apparaît, mais les Romains ne surent guère donner satisfaction à l'intérêt moral que sous la forme de la peine privée. Pour l'injure, par exemple, on substitue, aux peines fixes de la loi des Douze Tables, des peines arbitraires. « L'obligation à une peine privée, en général, ne consistait, dans le droit romain, qu'en une somme d'argent que l'offenseur devait payer à l'offensé (1). »

Dans la théorie des dommages, en droit français, l'idée de peine semble abolie d'une façon générale dès l'époque de Loysel (2).

Enfin, en droit moderne, l'idée de peine privée n'a qu'un rôle exceptionnel ou accessoire. Pourtant, d'une part, pour justifier la réparation du préjudice moral à l'égard d'une partie de la doctrine qui la repoussait et, d'autre part, pour rejeter les conséquences incohérentes de la théorie de la réparation, certains auteurs ont cru devoir ressusciter le système antique de la peine privée.

Ils remarquent, notamment, que le fondement de la théorie satisfaisante des dommages-intérêts est immoral. M. Ripert (3) rappelle énergiquement qu'« il serait profondément immoral de dire que celui qui a été atteint dans ses sentiments se consolera de cette atteinte grâce à l'indemnité qu'il recevra ». D'autre part, ils soulignent que les règles de la responsabilité civile ne sont pas respectées dans la

(1) SAVIGNY, cité par HUGUENY, *l'Idée de peine privée en droit contemporain*, Dijon, 1904, p. 24.

(2) LOYSEL, *Institutions coutumières*, n° 832.

(3) G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 181. Voir DEMOGUE, t. IV, p. 48 ; PLANIOL, RIPPERT, ESMEIN, vol. VI, n° 546, 648.

réparation du préjudice moral (1). Dès lors, ils concluent que la sanction pécuniaire qui intervient en cas de dommage moral n'est qu'une peine privée. Cette sanction viserait avant tout l'auteur du dommage.

Cette résurrection de la peine privée n'était pas très difficile ; étant donné, d'une part, que l'idée de peine n'est jamais exclue complètement de la théorie des dommages (art. 1150 C. Civil français, art. 43 et 49 C. O. fédéral) et, d'autre part, que certaines raisons pratiques y contribuaient. En effet, on a remarqué qu'il était plus facile d'apprécier la gravité d'une faute que celle du dommage moral (2).

Pourtant les contours de la théorie de la peine privée sont indécis, les systèmes des auteurs sont pleins d'incertitudes et d'incohérences (3) et ne résistent pas aux critiques des partisans de la théorie de la réparation (4). Seul, M. Hugueney parvient à préciser la notion de peine privée : d'après M. Hugueney, on se trouvera en présence d'une peine privée et non plus d'une réparation, lorsque l'intention du législateur aura été, en donnant action contre l'auteur d'un tort, moins de venir en aide au lésé que de réprimer un agissement coupable.

M. Hugueney déclare qu' « il y aura peine privée lorsque l'indemnité à verser par son auteur à la victime diffèrera pour le montant de celui du tort éprouvé, lorsque l'importance attribuée à l'élément faute sera un élément caracté-

(1) BAUDRY-LACANTINIERE et BARDES, *Obligations* I et III, p. 422. G. RIPERT, *op. cit.*, n° 181. TRIBES, *op. cit.*, p. 80.

(2) GANOT, *op. cit.*, p. 56.

(3) Voir HUGUENEY, *op. cit.*, p. 19 ; les divers systèmes de peine privée.

(4) Voir notamment L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la Responsabilité délictuelle*. Paris, 1934, p. 80 ss. GIVORD, *op. cit.*, p. 117 ss.

ristique du montant de la condamnation, lorsque enfin elle aura pour but moins de venir en aide au lésé que de réprimer un agissement coupable ».

Cette idée de peine privée a séduit également certains auteurs suisses. Ainsi, notamment, M. Alfred Martin (1) affirme que « l'indemnité équitable paraît juste quand on la considère par rapport à celui qui est condamné à le payer, et pour ainsi dire au moment où elle sort de son patrimoine. Il a causé un tort moral, il en est puni, il le mérite. Mais cette condamnation semble beaucoup moins juste, lorsqu'on l'envisage relativement à celui qui l'a obtenue, au moment où l'indemnité entre dans le patrimoine de ce dernier.

« Toutes les fois, qu'il s'agit d'un dommage qui a pour objet les biens immatériels qui, par conséquent, sont inappréciables en argent, la seule sanction doit être celle de la peine ».

Quelle est la valeur de ce système ?

Certains auteurs ont remarqué, tout d'abord, qu'il est contraire au développement historique (2). On fait ressusciter dans la théorie des dommages en droit moderne, un système antique, désuet dans son principe (3). Alors que la peine n'a plus qu'un rôle exceptionnel ou accessoire, on en fait une règle générale.

Ainsi donc pour rechercher simplement une punition pour le coupable, la théorie de peine privée marque une régression et est contraire au but de la théorie des dommages en droit

(1) Alfred MARTIN, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, vol. VIII, Bâle, 1889, p. 1. Voir également PACCAUD, *Du régime de la presse*, p. 212 ; CHAUSSON, *op. cit.*, p. 89.

(2) DEMOGUE, *La réparation civile des délits*, p. 9 et s., p. 154 et s. GANOT, p. 63.

(3) Voir également sur ce point les développements savants de M. DEMOGUE, *De la réparation civile des délits*, Paris, 1898, p. 169 ss.

privé, en ce qu'elle méconnaît le principe qu'il s'agit de trouver une satisfaction pour la personne lésée, une protection pour un droit non patrimonial.

Il est important de signaler que les règles qui régissent la responsabilité morale ne concordent pas avec les conséquences de la peine privée. On verra plus tard que les conséquences de la peine privée ne sont pas suivies dans l'appréciation de l'indemnité équitable. D'autre part, contrairement au système de la peine privée, l'obligation de payer l'indemnité satisfaisante se transmet par succession. Enfin, on comprendrait difficilement que le coupable soit passible d'une peine privée, s'il a été déjà condamné pénalement.

D'ailleurs, la théorie de la peine privée aboutirait à des conséquences inadmissibles. La victime d'un préjudice minime serait enrichie si la faute était grave et inversement.

Enfin, on doit souligner que la théorie de la peine privée est contraire aux textes de la loi qui parlent exclusivement de la « réparation morale ».

Aussi la jurisprudence fédérale refuse-t-elle énergiquement d'attribuer le fondement d'une peine privée à la satisfaction morale. Voici, en effet, ce que dit le Tribunal fédéral, notamment dans son arrêt du 5 décembre (*Journal des Tribunaux*, 1923, p. 262) :

« Le droit à une réparation morale fondé sur le droit civil subsiste tout en entier indépendamment d'un jugement pénal et, en particulier, ne peut pas être exclu par l'effet d'une condamnation pénale. Ce droit ne repose pas, en effet, sur la notion d'une peine privée qui ne pourrait être appliquée en plus de la peine d'ordre public. Il doit, au contraire, aboutir à la réparation du tort causé sans droit dans le sens de Schmerzengeld ou d'un dédommagement pour tort moral. »

Nous venons d'exposer et de critiquer les théories générales sur le fondement de la réparation du préjudice moral. Précisons maintenant les caractéristiques du droit suisse dans l'ordre théorique.

CHAPITRE III

Les caractéristiques du droit suisse.

La législation suisse consacre le principe de la réparation du préjudice moral dans l'article 49 C. O. Il entend protéger ici les seuls droits de la personnalité (art. 28 C. C.) et exclut par là même l'intérêt d'affection (1), ceci contrairement au droit français.

La solution donnée en droit suisse est satisfaisante. Seuls les droits de l'homme doivent être protégés, qu'ils soient originels ou acquis, qu'ils touchent sa personnalité ou fassent partie de son patrimoine. Notons enfin que c'est un droit essentiel de l'homme de faire constater et réprouber l'injustice qu'il a subie. Ajoutons même que c'est un devoir, ainsi que le remarque Ihering. « C'est un devoir de l'intéressé envers lui-même, car c'est un commandement de la conservation morale de soi, c'est un devoir envers la Société, car cette résistance est nécessaire pour que le droit se réalise. »

Nous avons rejeté dans un précédent chapitre les deux théories proposées pour expliquer le fondement de la réparation du préjudice moral. Avant d'exposer nos conclusions à ce sujet, il importe de distinguer les deux notions de dommage moral et de dommage matériel.

(1) VON TUHR, *Partie générale du code fédéral des Obligations*, t. I, p. 99.

(2) IHERING, *La lutte pour le droit*, p. 22.

En effet, nous avons déjà signalé l'erreur de la théorie satisfaisante des dommages-intérêts, à laquelle se rallie la majorité de la Doctrine, erreur faite par le droit français (1), et qui réside dans l'assimilation ou plutôt la confusion de ces deux notions.

Or on peut admettre que cette distinction entre dommage moral et dommage matériel est déjà une réalité en droit suisse.

D'une part elle se dégage des termes mêmes de la loi (art. 49, 60 C. O.), « dommages-intérêts », « réparation morale ».

D'autre part la loi réglemente spécialement les conditions de la responsabilité morale (art. 49 C. O.), et elle donne une autre importance pratique à la distinction en admettant qu'en cas de dommage matériel, le lésé a droit à une indemnité, alors qu'en cas de dommage moral son droit est livré à la libre appréciation du juge.

La loi reconnaît enfin la différence de nature du dommage matériel et du dommage moral (art. 93, al. 2). Elle consacre donc ainsi la distinction de la notion du dommage moral et du dommage matériel.

Le législateur a accentué encore cette distinction, qui

(1) La jurisprudence française ainsi que la majorité de la doctrine admettent en effet que l'article 1382 du code civil français comprend dans ses termes généraux aussi bien le dommage moral que le dommage matériel.

Larombière affirme que « les articles 1382 et 1383 du Code civil prévoient tout dommage causé à l'homme dans son existence et à sa personne, toute espèce de tort moral qu'il peut éprouver dans sa liberté, sa sûreté, son honneur, sa considération et ses affections légitimes ». (LAROMBIÈRE, *Obligations*, t. VII, p. 558).

La Cour de Cassation déclare que « l'article 1382 du code civil par la généralité de ses termes vise la réparation du dommage moral comme celle du dommage matériel » (Civ. 13 févr. 1923, D. P., 1923.1.52. S. 1926.1.25).

entraîne des conséquences juridiques très importantes, en révisant le Code des Obligations. En effet, l'article 55 C. O. ancien admettait largement l'allocation d'une somme d'argent en l'absence de tout dommage matériel constaté et, ce faisant, confondait le dommage matériel dont la preuve est impossible, et le préjudice moral subi par l'atteinte aux droits de la personnalité. Le législateur a mis fin à cette confusion par l'article 42 C. O. révisé, qui prévoit par l'application du principe de l'article 41 C. O. la réparation du dommage matériel dont la preuve est impossible à établir. C'est ainsi, d'ailleurs, que la jurisprudence interprète les choses conformément à l'esprit de la loi (1).

La doctrine suisse n'est pas restée étrangère à cette évolution. En particulier, M. Stoos (2) déclare :

« Dans le langage juridique, par dommage l'on n'entend régulièrement qu'un dommage pécuniaire causé à un intérêt économique et le code fédéral des Obligations évite l'expression *Schaden* là où il ne s'agit pas des avantages pécuniaires, mais d'une pure atteinte morale.

« Tandis que le droit français ne connaît pas d'autres dispositions que celles des articles 1382 et 1383 du code civil sur le tort moral, le code fédéral des obligations distingue le dommage (*Schaden*) et le désavantage moral (*Nachteil*) qu'il sépare du dommage pécuniaire constaté. »

Il ne faut, toutefois, retenir de ces affirmations que l'idée de ne pas confondre la notion du dommage moral et celle du dommage matériel. Les termes n'ont pas grande importance. Ainsi d'ailleurs la jurisprudence, sous l'empire des

(1) Trib. féd., 2 mai 1914, *Journ. des Trib.*, 1915, p. 83.

(2) *Bulletin de la Société suisse des Juristes*, 1886, 2^e fas., p. 55, 3^e fasc., p. 136.

nécessités pratiques, entend par le terme général de « réparation du dommage » aussi bien le dommage moral que le dommage matériel (1).

M. Stoos a confirmé d'ailleurs son point de vue dans le rapport qu'il avait fait à la Société des juristes suisses, où il affirmait que la personne lésée a à sa disposition, selon le cas, deux espèces d'action en dommages-intérêts : l'une pour le préjudice matériel, l'autre pour le tort moral. Elles doivent être distinguées : la première découle de l'article 50 C. O. (41 C. O. révisé) et la seconde de l'art. 55 C. O. (49 C. O. révisé) (2).

(1) T. F., 26 avril 1913, *Sem. Jud.*, 1913, p. 578.

(2) Une partie de la doctrine a défendu cependant l'opinion contraire. Notamment M. GRIVET, dans un article paru dans la *Revue judiciaire* (Journal des Tribunaux suisses et de la législation, 15^e an., n° 9, 15 mai 1887), soutient, contrairement à la thèse que nous défendons, que les art. 52, 53, 54, 55 C. O. (42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49 C. O. révisé) ne forment que des dispositions énonciatives et ne sont qu'un développement de la règle de l'art. 50 C. O. qui reproduit les articles 1382 et 1383 du Code civil français. C'est ainsi que l'art. 55 C. O. (49 C. O. révisé) ne ferait que continuer la série des exemples donnés par les dispositions précédentes. Ce serait donc, de l'avis de cet auteur, une erreur d'envisager l'art. 55 comme une disposition indépendante ou différente de l'art. 50 C. O. Et il critique sévèrement l'opinion de M. Stoos. Il ajoute en outre que « la question de savoir s'il faut appliquer l'article 50 ou 55 ne peut pas logiquement se poser. Il est vrai que les art. 54, 55 CO (47, 49 C. O. révisés) portent que le juge peut allouer une indemnité équitable sans qu'un dommage matériel soit établi. Ce n'est qu'une indication de procédure découlant déjà des articles 50 et 51 expliquant que le juge ne doit pas se borner à la fixation du dommage matériel (constaté) mais encore du tort moral qui ne pouvant être matériellement établi doit être, dès lors, soumis à l'appréciation du juge ». Mais M. GRIVET ressentant la difficulté que pose la différence des conditions de la responsabilité de l'article 49 C. O. essaie d'y échapper en admettant que le texte de celui-ci ne doit pas être pris à la lettre. Toutefois, il conclut que la distinction entre le dommage matériel et le dommage moral n'a de valeur qu'au point de vue de

C'est dans ce sens également que Von Tuhr (1) se décide quand il déclare que : « par dommage » le C. O. n'entend que le dommage matériel non le tort moral, l'offense (*kränung*), à savoir les souffrances physiques ou morales résultant d'une atteinte illicite à la personne ou aux intérêts personnels ».

« ... Le dommage physique est une diminution du patrimoine, l'atteinte aux intérêts (*personalische Rechtsgüter*) n'est pas un dommage au sens de la loi tant que le patrimoine n'est pas touché ; la somme d'argent versée de ce chef dans certains cas ne constitue pas un dédommagement, c'est une satisfaction, une réparation morale. »

Enfin, plus précisément encore Arnold Ceserole souligne qu'« il s'agit là simplement de deux institutions distinctes et parallèles. En raison du caractère spécial de leur objet, l'une se manifeste par un dédommagement (*schadensersatz*) qui constitue une véritable réparation, l'autre, par l'allocation d'une somme d'argent équitable (*billige geldsumme*), laquelle représente une satisfaction » (2).

la preuve et de l'appréciation de l'indemnité. « Pour le dommage matériel, dit-il, il faut une preuve effective, corporelle ; pour le tort moral, on est obligé de s'en remettre au libre arbitre du juge. »

En somme, ce n'est qu'un simple désir de retour au système français, et d'ailleurs, l'auteur le reconnaît lui-même : « Le Code des Obligations aurait mieux fait de s'en tenir au principe général tracé par l'article 50 C. O. (art. 41 C. O. révisé) reproduisant les articles 1382 et 1383 du code civil français. »

M. Martin ACHARD également se prononce dans le même sens et affirme : « C'est l'article 50 du Code des Obligations (41 C. O. révisé) qui pose le principe. » Ainsi donc, de son point de vue également, l'article 55 C. O. (49 C. O. révisé) n'est qu'une application de l'article 50 et l'article 54 C. O. (art. 47 C. O. révisé) est le complément des art. 52 et 53 du Code des Obligations qui règlent la réparation matérielle soit en cas de mort d'homme, soit en cas de lésions corporelles.. (Voir Martin ACHARD, Thèse Lausanne, 1908, p. 76.)

(1) Von TUHR, *op. cit.*, p. 68 et 105.

(2) CÉSÉROLE, *op. cit.*, p. 47.

C'est surtout la jurisprudence fédérale qui a précisé cette distinction. Voici, en effet, certaines affirmations typiques du Tribunal fédéral, qui a mis au point cette distinction pratique et nécessaire de la notion du dommage matériel et du dommage moral.

Le tribunal fédéral, dans son arrêt du 9 février 1906 (*Journal des tribunaux*, 1906), déclarait : « La demande d'une indemnité satisfaisante, en vertu de l'art. 55 C. O. (49 C. O. révisé), est autre chose « que la demande en dommages-intérêts pour préjudice matériel fondé sur l'article 50 C. O. (41 C. O. révisé). Tandis que la première a sa base dans l'atteinte portée au bien juridiquement dénommé la situation personnelle, c'est-à-dire l'honneur, et que son but est de donner satisfaction, la seconde demande est motivée par le dommage porté au bien juridiquement dénommé la fortune et son but est la réparation du préjudice matériel causé. Lorsque le demandeur ne présente pas ce qui est admissible, une seule et unique demande d'indemnité cumulant ses prétentions appuyées sur les articles 50 et 55 C. O. (41, 49 C. O. révisés) mais qu'il fait distinction entre les deux éléments et formule des chiffres séparés, lorsqu'il présente « deux demandes, le juge, et par conséquent le Tribunal fédéral sont tenus, en vertu de l'article 4 du Code de procédure civile cité, de rester dans les limites fixées. »

Une autre application typique de la distinction des deux dommages a été faite par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 13 décembre 1907 (1).

« D'autre part, cependant, il se justifierait tant à raison de faute grave du défendeur D, que de toutes les autres circonstances particulières de la cause de faire application en faveur

(1) *Journ. des Tribunaux*, 1907, p. 336.

des demanderesses de l'art. 54 C. O. (47 C. O. révisé), c'est-à-dire d'allouer à dame S. une somme équitable indépendamment de la réparation du dommage matériel démontrable prévu par l'art. 52 C. O. (art. 45 C. O. révisé), tel qu'il a été estimé ci-dessus sur la base de la liberté d'appréciation laissée au juge par l'art. 51, al. I (art. 43 C. O. révisé).

« En effet, il résulte déjà d'une comparaison faite entre les articles 52 C. O. et 2 de la loi fédérale de 1905 sur la responsabilité des entreprises, d'une part, et les 54 C. O. et 8 de ladite loi, que tandis que les premières de ces dispositions se bornent à accorder la réparation du dommage matériel causé à ceux dont la victime était le soutien, les secondes prévoient le paiement d'une somme équitable, indépendante de la réparation du dommage constaté, à la famille. L'opposition ainsi créée entre des termes démontre bien clairement qu'il ne s'agit pas seulement d'une augmentation de l'indemnité accordée en vertu de l'art. 52 et 2 des lois citées, mais d'une indemnité spéciale qui peut être réclamée par un cercle plus étendu de personnes (1). »

(1) Nous devons, toutefois, signaler que cette théorie de la jurisprudence fédérale n'a pas toujours été comprise par les juridictions inférieures qui marquèrent, de temps en temps, des confusions et des excès. Les exemples ci-dessous nous donneront une idée de cette régression partielle :

La Cour de Justice civile, dans son arrêt du 20 mai 1907 (*Sem. jurid.*, 1907, p. 461), méconnaissant la distinction qui réside déjà dans le texte, applique les art. 50 et 51 au lieu de l'art. 55 dans une espèce où il s'agissait purement d'un tort moral. Voir également la même confusion dans l'arrêt de la Cour de Justice civile du 18 mai 1907, *Sem. jurid.*, 1907, p. 505.

Dans un arrêt du 16 mai 1917 (*Sem. jurid.*, 1918, p. 331), la Cour de Justice civile ne paraît pas s'être débarrassée complètement de l'idée que le dommage moral dépend du dommage matériel dont il ne serait, selon la théorie satisfaisante des dommages-intérêts, qu'un simple complément.

On remarquera une autre confusion dans un arrêt du 15 juin

(Voir également Trib. féd., 8 mai 1886 ; T. F., 9 oct. 1896 ; T. F., 26 mai 1905 ; T. F., 14 avril 1905, *Jour. des Trib.*, 1905, p. 3 ; T. F., 23 sept. 1911 ; C. J. C., 15 janv. 1916, T. F., 10 oct. 1937 ; *Rec. off.*, 63, II, p. 339.)

1920 de la Cour de justice civile (*Sem. jurid.*, 1920, p. 535) qui est nettement contraire à la jurisprudence fédérale (voir surtout T. F., 6 févr. 1906 ; T. F., 14 avril 1905, 9 oct. 1896, etc.).

Dans un autre sens encore, les juridictions inférieures ont commis d'autres erreurs qui s'expliquent par une mauvaise interprétation des dispositions qui établissent la base de la distinction.

En effet, le tribunal de première instance de Genève admet que le demandeur qui fonde ses prétentions simplement sur l'art. 49 C. O. aurait droit d'obtenir une indemnité :

1° En cas de faute simple, s'il a subi une atteinte dans ses intérêts personnels ;

2° En cas de faute particulièrement grave, s'il a subi un préjudice uniquement moral, mais particulièrement grave.

Le Tribunal fédéral n'a pas hésité à infirmer ce jugement en déclarant dans un arrêt du 22 juin 1921 (*Sem. jurid.*, 1923, p. 389) :

« Cette interprétation de la loi est erronée. L'art. 49 ne distingue pas entre l'atteinte aux intérêts personnels et le préjudice uniquement moral, mais entre le dommage moral et le dommage matériel que l'atteinte aux intérêts personnels peut entraîner. Le lésé a droit à la réparation du dommage matériel même si la faute n'est pas particulièrement grave. Quant à la réparation du tort matériel que l'atteinte aux intérêts personnels constitue, le lésé ne peut l'exiger qu'à la condition d'établir à la fois la gravité particulière de l'offense subie et de la faute (cf. BECKER, note II sur art. 49 C. O. ; OSER, note III sur le même article). »

Enfin, dans le même sens, on a vu même certains juges créer un dommage esthétique distinct. En effet, la Cour de Justice civile, dans son arrêt du 13 mai 1927 (*Sem. jurid.*, 1927, p. 481) a repoussé cette jurisprudence : « c'est à tort que les premiers juges ont estimé que ce dommage (dommage esthétique) constituait un préjudice distinct. » La Cour ajoute que : « si d'une façon générale le dommage esthétique (défiguration) ne peut donner lieu qu'à une indemnité à titre de réparation morale, il est des cas, cependant, où il constitue un élément de dommage matériel.

« C'est le cas, par exemple, de l'artiste dont le charme et la beauté sont indispensables à l'exercice de son art... »

Nous devons toutefois reconnaître qu'à part certains fléchis-

Nous concluons donc enfin que les notions de dommage moral et de dommage matériel se meuvent, en droit suisse, dans deux domaines différents et ainsi impliquent deux formes de responsabilité entraînant l'une et l'autre des conséquences différentes que nous nous proposons d'étudier dans la seconde partie de cet ouvrage.

Ajoutons en outre que cette distinction est conforme à la nature des choses : le droit privé connaît le principe de la réparation en nature ou par équivalent du préjudice. Or si ce principe s'applique sans difficulté au cas d'atteinte portée à des droits patrimoniaux, il en est autrement au cas du préjudice moral, au cas d'atteinte portée aux droits de la personnalité. En effet, les intérêts lésés de par leur nature même excluent une telle réparation. Mais ces droits, en tant que tels, doivent être protégés et la protection la plus efficace est celle qui consiste dans l'allocation d'une somme d'argent à la personne lésée, à titre de réparation morale. Il est vrai qu'en cas de préjudice matériel, c'est aussi généralement par l'allocation d'une somme d'argent que s'effectue la réparation. Mais, dans cette hypothèse, ce n'est pas au même titre que l'indemnité est allouée. Il faut éviter la confusion des deux réparations. En effet, la nature des choses impose qu'on les distingue sous peine de contradictions et exceptions fâcheuses (1). Dans les cas de dommage moral, il

sements, dans son ensemble, la jurisprudence cantonale a su suivre la théorie de la jurisprudence fédérale et ainsi confirmer cette évolution importante du droit civil.

(1) « De là mille procès où les tribunaux rendent souvent des jugements contradictoires. » PERREAU (*Rev. trim. du droit civil*, 1909, p. 501). M. PERREAU signale dans le même ordre d'idée qu'en droit français l'insuffisance des dispositions concernant les droits de la personnalité a rendu en la matière une législation d'emprunt. « D'autre part, l'extension par analogie à la protection des inca-

s'agit d'une réparation imparfaite et fautive de mieux ; mais par contre, dans le cas de dommage matériel, il s'agit d'une réparation normale ; dans le premier cas, il y a une réparation représentative, dans le second, une réparation réelle et effective. Ces deux réparations s'appellent respectivement « satisfaction morale » et « dommages-intérêts » (voir l'art. 60 C. O. suisse).

Degenkolb (1) précise, en effet, la différence des deux notions qui, en quelque sorte, s'opposent l'une à l'autre : « La réparation pécuniaire, dit-il, en cas de dommage pécuniaire est le rétablissement d'une valeur estimable. C'est pour ce motif un équivalent. Les valeurs pécuniaires seules sont estimables et le dommage pécuniaire seul permet une réparation qui soit un véritable équivalent.

« Des réparations pour « d'autres dommages » ne sont pas un équivalent et par conséquent pas davantage une véritable réparation.

« Ce ne sont pas des dommages-intérêts.

« Par le moyen de cette indemnité, on rétablit chez le lésé l'équilibre un instant troublé.

« L'ordre juridique ne peut réparer avec de l'argent une atteinte à la santé, à l'honneur, à la liberté, au même titre qu'il répare, par la remise en état ou des dommages-intérêts, une atteinte à un bien matériel.

« La différence est dans l'opposition qu'il y a entre les dommages-intérêts et la satisfaction » (2).

Ainsi donc, la réparation du préjudice moral n'est pas

pables en matière de personnalité des mesures de sauvegarde organisées pour les biens se plie si mal aux exigences de la matière qu'il faut multiplier exceptions et atténuations. »

(1) DEGENKOLB, *Archiv für civil praxis*, fol. 76, p. 1.

(2) Dans le même sens, voir Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich*, Leipzig, 1889, p. 55.

dans son essence une réparation assimilable à celle du dommage matériel (réparation en nature ou par la remise en état de la chose endommagée ou par équivalent). C'est plutôt une assistance légale donnée à la personne lésée et dont le but est la satisfaction de la victime qui recherche et obtient ainsi la reconnaissance ou l'affirmation de son droit.

Nous admettons, comme, d'ailleurs, Burckhardt (1), qu'il ne s'agit pas ici d'une peine privée, d'une réparation, mais d'une institution distincte et indépendante.

En effet, comme nous l'avons démontré, ni la théorie de la réparation ni le système de peine privée ne peuvent expliquer la théorie de la satisfaction morale en droit suisse ; celle-ci a des traits caractéristiques qui lui donnent une physionomie propre, à part.

Il est vrai que l'idée de peine n'est jamais exclue totalement de la théorie des dommages (art. 1150 C. civ. français, art. 43, 49 C. O. fédéral). Elle a un rôle plus ou moins important suivant qu'il s'agit de la théorie de la satisfaction morale ou de la théorie des dommages-intérêts. Ce sont là les deux principes généraux de la théorie générale des dommages en droit suisse.

Il nous faut maintenant préciser les règles propres qui régissent le principe de la satisfaction morale ; le domaine d'application, le fonctionnement et les conséquences de cette responsabilité que nous pouvons appeler « responsabilité morale » conservant le terme classique de « responsabilité civile » pour désigner la responsabilité provenant d'un dommage matériel (dommages-intérêts). Cette étude fait l'objet de la seconde partie de notre travail.

(1) BURCKHARDT, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 44, p. 473-491. « La Réparation morale n'est ni une peine ni une réparation, mais quelque chose de spécial qui tient de l'un et de l'autre », p. 483.

DEUXIÈME PARTIE

La réparation du préjudice moral en droit positif suisse.

CHAPITRE PREMIER

Le domaine de la responsabilité morale.

Section 1. — PRINCIPES GÉNÉRAUX.

Le législateur pose le principe général de la réparation du préjudice moral dans l'article 49 C. O. et il en fait des applications particulières, dans les dispositions spéciales de certaines lois.

L'article 28 C. C., il est vrai, tout en assurant la protection des droits de la personnalité en général, restreint la réparation du préjudice moral aux seuls cas prévus par la loi, ceci, à l'instar de l'article 847 du Code civil allemand (1).

(1) L'article 847 du *Bürgerliches Gesetzbuch* dispose :

« Dans les cas de lésion corporelle ou d'atteinte à la santé, ainsi que dans celui de privation de liberté, la personne lésée a droit aussi à une indemnité convenable en argent pour les dommages qui ne portent pas atteinte à sa fortune. Ce droit n'est pas transmissible et ne passe pas aux héritiers, à moins qu'il n'ait pas été reconnu par contrat ou qu'il y ait litispendance.

« Ce même droit appartient à une personne du sexe féminin contre laquelle a été commis un délit et un crime d'immoralité ou qui au moyen de tromperie, de menaces ou d'abus d'un rapport, de subordination, a été déterminée à une cohabitation hors mariage. »

L'article 28 C. C. dispose en effet :

« Celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser.

« Une action en dommages-intérêts, ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale, ne peut être intentée que dans les cas prévus par la loi. »

Mais l'article 49 C. O. a infirmé la disposition du 2^e alinéa de l'article 28 C. C. ; il pose le principe général de la réparation morale, en cas d'atteinte aux intérêts personnels (1).

Avant de préciser le domaine de la réparation morale, citons tous les cas spéciaux d'intérêts personnels, prévus par la loi :

1^o La loi prévoit tout d'abord le préjudice moral causé par l'usurpation de nom (art. 29 C. C., al. 2).

2^o Le cas de la rupture des fiançailles sans justes motifs et sans la faute de l'autre partie (art. 93 C. C.).

3^o La femme qui a contracté mariage de bonne foi peut agir en réparation morale en cas de nullité du mariage (art. 134 C. C., al. 2).

4^o Dans le cas de divorce, l'époux innocent peut agir en réparation morale si ses intérêts personnels sont gravement atteints (art. 154 C. C. al. 2).

5^o La mère d'enfant naturel peut agir en réparation morale lorsque le défendeur lui avait promis le mariage, lorsque la cohabitation a été un acte criminel, ou un abus d'autorité, ou lorsque la demanderesse était encore mineure à l'époque de la cohabitation (art. 318 C. C.).

6^o La victime des lésions corporelles ou, en cas de mort d'homme, la famille de la victime, peuvent agir en

(1) Voir ROSSEL, *Manuel du droit civil suisse*, I, III, p. 82; Von TUHR, *op. cit.*, t. I, p. 106, note 2.

réparation morale. (L'art. 47 C. O. art. 8 de la loi du 28 mars 1905 : « Sur la responsabilité des entreprises de chemin de fer » ; art. 42 de la loi fédérale du 15 mars 1932 : « Sur les circulations des véhicules des automobiles et des cycles. »)

7° L'auteur d'une œuvre peut agir en réparation dans le cas où son nom, son signe distinctif, son pseudonyme a été apposé sur les exemplaires de l'œuvre originale, bien que ceux-ci n'émanent pas de lui. (L'article 43 de la loi fédérale sur le droit d'auteur du 7 décembre 1922.)

Nous préciserons plus tard les particularités des conditions d'exercice de l'action en satisfaction morale dans ces divers cas. Nous dirons aussi l'intérêt résultant du fait que chacun a été réglementé par une disposition particulière.

Il importe de noter que ces cas entrant dans la notion d'« intérêts personnels » étaient déjà protégés par l'article 49 C.O.

La formule « intérêts personnels » n'est pas synonyme de l'expression « intérêt moral » employée en droit français. En effet, cette dernière expression a un sens plus large et implique tout intérêt non économique (1). Il est vrai que

(1) M. Dorville donne de l'intérêt moral la définition suivante :

« Les intérêts se rattachant à la vie intellectuelle et sentimentale de l'individu, ...c'est-à-dire des intérêts non matériels... Mais il est d'autres intérêts matériels et sensibles se rapportant au bien-être, aux agréments, aux commodités et aux plaisirs se rattachant à la vie sensuelle et à ses jouissances extérieures qui par leur caractère non économique non pécuniaire rentrent dans les limites..... »

DORVILLE, *De l'intérêt moral dans les Obligations*, Paris, 1901, p. 2.

M. Mantelet fait rentrer dans le patrimoine moral : « L'ensemble des sentiments, des sensations qui tout en constituant la nature essentielle de l'homme échappe à toute appréciation économique. »
MANTELET : *La réparation du préjudice moral*. Paris, 1907, p. 6.

la doctrine française précise que l'intérêt moral, dont l'atteinte entraîne réparation, doit être sérieux, réel et personnel ; mais il n'y a pas là limitation positive et concrète, car un intérêt moral futile, de peu de valeur pour une personne, peut être sérieux, important pour une autre. Cette absence de limitation à l'intérêt moral est une conséquence naturelle de l'assimilation des notions du préjudice moral et du dommage matériel (1).

Par contre, l'expression « intérêts personnels » en droit suisse, ne représente pas tout intérêt non pécuniaire, mais uniquement les droits de la personnalité. Il n'y aura lieu à réparation morale que si l'intérêt lésé représente les droits de la personnalité, ainsi, et contrairement à la solution française, l'intérêt d'affection sera exclu de cette réparation, tant qu'il ne représente pas un droit. Il est important de le souligner car, selon les termes de Ihering, « il ne s'agit pas ici des caprices isolés d'un individu mais des biens d'une valeur générale » (3).

Telle est la conception du droit suisse. Von Tuhr l'affirme dans ces termes : « Au nombre des droits sanctionnés par une action en dommages-intérêts, on trouve notamment les droits de la personnalité consacrés par les articles 28 C. C.

(1) Voir également de MALLON, *L'intérêt moral dans les Obligations légales*, Caen, 1914 ; Robert FONTAINE, *Dommage moral et sa réparation pécuniaire*, Paris, 1907.

(2) « Logiquement, si l'article 1387 s'applique au dommage moral, toute personne qui justifie que par suite de son amitié pour la victime d'un accident la mort de celle-ci lui a causé un préjudice de cette nature, doit obtenir des dommages-intérêts. Se refuser d'aller jusque-là, c'est condamner le système de la réparation pécuniaire du préjudice moral, puisqu'on rejette ses conséquences naturelles. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Obligations*, t. III, 2^e partie, n° 2871, p. 1102.

(3) IHERING, *Œuvres choisies*. Trad. Meul., t. II, p. 152.

et 49 C. O. Ces deux articles ne parlent, il est vrai, que d'intérêts personnels... Mais dans l'idée du législateur l'ensemble de ces intérêts forme l'objet d'un droit subjectif ; la preuve en est le droit reconnu par l'article 28, al. 1, C. C. de s'adresser au juge pour faire cesser une atteinte aux intérêts personnels (1). »

La jurisprudence fédérale a également la même conception. Elle est soucieuse de distinguer le principe moral et la règle de droit. En effet, dans un arrêt du 19 octobre 1918, le Tribunal fédéral déclare : « L'instabilité de la vie privée ne constitue par simplement un principe moral, c'est aussi une règle de droit, un « bien juridique ». Elle est l'attribut de la personnalité ; la loi la protège. En effet, ainsi que le Tribunal Fédéral l'a déjà reconnu, l'article 28 C. C. S. assure la protection de la personnalité en général et règle par conséquent aussi le droit de faire respecter la tranquillité de la vie privée (Egger, commentaire C. C. S. ad. art. 28 note 1.9. 12). » (Voir également T. F., 11 septembre 1907 ; T. F., 15 juin 1917 ; T. F. 8 novembre 1926. » Rec. off., 42.II.136 ; *Journ. des Trib.*, 1916, p. 531).

On peut donc définir les intérêts personnels, comme étant les intérêts d'ordre non patrimonial, qui se rattachent à un droit de la personnalité et méritent, à ce titre, d'être protégés.

Ces intérêts d'ordre personnel présentent juridiquement les mêmes caractères que les droits qu'ils représentent et ainsi ne se confondent pas avec les intérêts d'ordre pécuniaire ou économique, qui représentent à leur tour les droits patrimoniaux, autrement dit, la fortune.

(1) Von TUHR, Partie générale du Code Fédéral des Obligations, t. I, page 328. Voir dans le même sens Curti FORRER, *Commentaire du Code Fédéral suisse*, p. 30, n° 2.

Par conséquent, le préjudice moral en droit suisse consiste simplement dans l'atteinte portée aux droits de la personnalité.

Avant d'étudier la jurisprudence et de rechercher les cas dans lesquels elle donne une action en réparation du préjudice moral, il importe de faire quelques remarques d'ordre général sur les droits de la personnalité.

Notons tout d'abord leur importance aussi grande que celle des droits patrimoniaux, bien qu'ils soient de nature différente (1) et souvent négligés par les législateurs et même par la science juridique.

(1) Les droits de la personnalité se caractérisent par les deux traits suivants : ils sont opposables *erga omnes* ; ils ne sont pas susceptibles d'une évaluation pécuniaire. Reprenons et développons ces deux traits. « Ils sont opposables *erga omnes* » : Pour cette raison les auteurs allemands les rangent dans la catégorie des droits absolus (*absolute Recht*) et, par là, ces droits se rapprochent des droits réels.

L'opposabilité *erga omnes* des droits de la personnalité n'était pas étrangère aux juristes romains qui avaient reconnu ce caractère aux actions d'état, *prejudiales actiones in rem esse sidentur*.

C'est par ce caractère que M. Perreau a expliqué la confusion faite par la jurisprudence française, entre la propriété (droit réel) et le droit au nom.

Réservant le qualificatif de droit de la personnalité au nom civil (nom patronymique, prénom, pseudonyme, qualification nobiliaire), nous admettons qu'on puisse parler de la propriété au nom commercial (c'est-à-dire la raison sociale), propriété réglementée par les art. 944 et suivants du C. O. et que l'article 954 C. O. considère comme cessible.

Passons au second caractère des droits de la personnalité, de beaucoup le plus important : « Ils ne sont pas susceptibles d'une évaluation pécuniaire. » Par là les droits de la personnalité s'opposent aux droits patrimoniaux qui ont une commune mesure : l'argent. Celui-ci, en effet, est l'expression du patrimoine, tandis que par « droits de la personnalité » on entend une valeur morale, mais aussi une valeur primordiale. Cependant il est vrai que l'argent sert à maintenir, à conserver et même développer la plupart

Les droits de la personnalité sont consacrés par le législateur suisse, principalement dans les articles 27, 28 C. C. et 49 C. O. Par contre, le droit civil allemand ne connaît

de nos intérêts personnels. Comme le remarque Ihering : « L'argent contient notre indépendance économique et notre indépendance morale. » Mais il faut souligner tout de suite que l'argent n'a jamais ici le rôle qu'il a dans le patrimoine ; celui d'équivalent. D'où les conséquences suivantes :

a) *Inaliénabilité* : Alors que les droits patrimoniaux peuvent se transmettre d'une personne à l'autre, les droits de la personnalité sont en principe en dehors de toute disposition. Certes rien ne s'oppose à ce qu'un intérêt moral fasse l'objet d'un acte juridique, mais ce n'est que dans un cadre limité par la force même des choses. La loi a posé le principe fondamental de l'inaliénabilité de la jouissance et de l'exercice des droits civils (art. 27 C. C., al. I) ; elle a précisé les limites des restrictions que l'on peut apporter à la liberté. Dispositions que nous trouvons à l'art. 27 déjà cité et qui sont les suivantes : « Nul ne peut même partiellement renoncer à la jouissance ou à l'exercice des droits civils. Nul ne peut aliéner sa liberté ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois et aux mœurs. »

Ces dispositions sont d'ordre public, tout acte juridique contraire à ces règles serait frappé de nullité absolue (*Rec. off.* 30, II, p. 416 ; 32, II, pp. 395 et 914, etc.).

La loi elle-même fait certaines applications des dispositions de l'art. 27, notamment dans les art. 34 (II), 91 (II), 100, 114, 115, 141 (I), 165 (III), 242 (III), 254 (III), 277 (II), 287 (II), 317 (II), 352 (II), 412, 505 (II), 545 C. O. — Voir d'autres applications dans les ouvrages généraux et *Rec. off.*, 25 (II), p. 875, 26 (II), p. 41 ; 26 (II), p. 108, 27 (II), p. 113 ; 30 (II), p. 523, 31 (II), p. 694, 32 (II), p. 136, 32 (II), p. 364.

En revanche, la loi prévoit aussi des exceptions à la règle de l'inaliénabilité des droits civils ; ainsi en est-il de la perte de la nationalité, de la perte de la liberté dans une certaine mesure, en cas de mariage, d'interdiction obligatoire (art. 369 C. C.), d'interdiction volontaire (art. 392 C. C.) et de curatelle (art. 394 C. C.).

D'autre part, on doit rappeler qu'il sera possible de tenir compte des considérations d'ordre moral, dans les cas où les parties n'en font pas l'objet d'une obligation, mais la condition d'une prestation pécuniaire (Von THUR, *op. cit.*, I, p. 225).

b) *L'insaisissabilité* : la loi n'en parle pas, mais c'est une conséquence logique et nécessaire de l'inaliénabilité et qui résulte elle aussi

pas les droits de la personnalité (et bien d'autres codes), toutefois, il supplée partiellement à cette lacune en énumérant au § 823, 1, certains des plus importants de ces droits,

de ce fait qu'il est impossible d'évaluer en argent les droits de la personnalité. En effet, dans la plupart des cas la saisissabilité est inconcevable ou matériellement impossible. La question se complique souvent quand ces droits représentent en même temps une valeur pécuniaire. La question est parfois cependant facile à résoudre : Ainsi en est-il pour les reproductions des œuvres mises dans le commerce que les créanciers peuvent saisir. Au contraire, ce droit leur est refusé quand il s'agit d'une œuvre inédite et dont le manuscrit est en la possession de son auteur.

c) *L'imprescriptibilité* : Les droits de la personnalité s'opposent encore ici aux droits patrimoniaux. La loi n'y fait pas allusion, mais c'est toutefois un principe incontesté (ROSSEL, *op. cit.*, t. III, p. 167, HABERSTICH, *Manuel du droit fédéral des Obligations*, éd. fr., t. I, p. 358).

La loi prévoit par contre certaines exceptions au principe d'imprescriptibilité (art. 95, 127, 137, 138, 140, 253, 358 C. C., etc.).

d) *L'intransmissibilité successorale* : Les droits de la personnalité commencent à la naissance et disparaissent à la mort de la personne (art. 31 C. C.).

La loi prévoit toutefois certaines exceptions à ce principe (art. 135, 260, 263, 303, 307, 322, 355, C. C. etc.).

e) *Non-application de la représentation par autrui* : les droits de la personnalité ne peuvent pas, en principe, être exercés par représentant. C'est pourquoi la loi interdit, en principe, le mariage par procuration ; de même, les père et mère ne peuvent reconnaître un enfant au nom l'un de l'autre.

La loi, toutefois, et pour des raisons spéciales, admet certaines exceptions à cette règle : ainsi l'article 303 C. C. admet la reconnaissance d'un enfant naturel par son grand parent paternel, en cas de décès, ou absence permanente de discernement du père de l'enfant. La question de cette représentation exceptionnelle se pose surtout dans ce cas, puisque la loi refuse l'exercice des droits civils aux personnes ne jouissant pas de toutes leurs facultés mentales (art. 17 C. C.). Ainsi le tuteur d'un interdit peut représenter celui-ci dans une défense en divorce ; un tuteur *ad hoc* est nommé quand une action en contestation d'état est introduite contre un enfant ; les père et mère d'un enfant naturel peuvent représenter celui-ci dans une défense à une action en contestation d'état. Il en est de même en cas d'atteintes aux droits de la personnalité d'un incapable (voir d'autres exceptions dans les art. 15, 19, 98, 99, C. C. etc.).

notamment la vie, l'intégrité corporelle, la santé, la liberté.

La loi ne définit pas les droits de la personnalité. Il est normal d'ailleurs qu'il en soit ainsi. Car une définition légale des droits de la personnalité risque d'être ou restrictive ou trop large. En effet, comme l'affirme Curti, le cercle de ces droits n'est pas limité. « Le juge devra néanmoins prendre garde de ne pas trop élargir par des considérations sentimentales et accordera droit et protection seulement à des intérêts dignes d'être protégés juridiquement. Leur délimitation sera fixée en se souvenant qu'à côté de la liberté de chaque individu, celle des autres personnes doit également être maintenue et respectée (1). »

Le juge, partant de cette idée générale et tenant compte de l'évolution du Droit dans l'ordre pratique, devra protéger un intérêt d'ordre juridique. Refuser cette faculté au juge, serait risquer d'écarter de l'ordre juridique beaucoup d'intérêts légitimes dignes d'être protégés par le Droit. Toutefois, le législateur doit restreindre ce pouvoir au juge, d'une part sans entraver sa contribution dans l'évolution du droit, et, d'autre part, sans encourager l'arbitraire (art. 49 C. O., gravité du préjudice).

Les droits de la personnalité sont des droits primordiaux qui se confondent avec l'existence même de la personne, dans son être personnel, dans sa situation familiale et dans son activité sociale, par opposition aux droits patrimoniaux qui ont, en principe, pour objet des choses extérieures. Les droits de la personnalité se divisent en deux catégories :

Dans la première nous rangeons ceux qui ont un caractère concret, comme le corps, la santé, la vie, la liberté phy-

(1) CURTI-FORRER, *op. cit.*, p. 30.

sique, le nom, etc... Ces droits ne soulèvent pas grande difficulté quant à leur étendue. Il n'en est pas de même de la deuxième catégorie qui comprend les droits d'ordre abstrait comme l'honneur, l'esprit, la religion ou piété, la liberté, etc..., dont les contours sont difficiles à préciser (1).

Pour attribuer le caractère de droit à un intérêt personnel qui entrerait dans la catégorie des droits d'ordre abstrait, il faut, d'une part, comme le dit Curti, « considérer qu'à côté de la liberté de chaque individu, existe celle d'autres personnes », et il faut, d'autre part, que cet intérêt ait une valeur sociale à côté de son caractère personnel. Autrement, on risque de confondre les caprices ou intérêts moraux isolés de la personne, avec des « biens » d'une valeur sociale et générale, qui seuls font partie du domaine juridique. C'est seulement ces derniers qui peuvent être protégés par le Droit qui est « la condition commune à tous ceux qui composent la société » (Puchta).

La jurisprudence fait constamment application de cette idée. En voici un exemple typique emprunté à la jurisprudence du Tribunal Fédéral (T. F. 6 novembre 1934 ; *Journal des Tribunaux*, 1935, p. 290) : « l'honneur en tant que bien juridique est le degré de considération dont l'individu jouit dans la collectivité ; c'est donc en se plaçant au point de vue de l'opinion publique qu'il faut décider si un certain propos constitue une atteinte à l'honneur. »

Toutefois, il ne faut pas commettre une confusion. Cet élément social du droit le distingue de l'intérêt isolé, ou du caprice plus ou moins louable, mais n'implique nullement

(1) CURTI FORRER. *Commentaires*, t. I, p. 30.

que l'atteinte subie dans l'intérêt personnel ait une répercussion sociale (1).

Ce sont ces deux idées générales qui, à notre avis, doivent délimiter le domaine des droits de la personnalité, dont nous allons étudier brièvement les atteintes.

Section II. — EXAMEN DE LA JURISPRUDENCE.

Nous devons signaler que cette étude de la jurisprudence n'est pas aussi complète qu'elle devrait l'être ; elle est malheureusement négligée par les auteurs ; nous avons dû nous contenter généralement des décisions des tribunaux de la Suisse française.

Nous allons envisager le domaine du préjudice moral sous trois rubriques : le préjudice moral résultant des lésions atteignant les droits de l'individu en tant que tel, en tant que membre de la famille et enfin en tant que membre de la société.

Sous-section I. — Préjudice moral résultant de l'atteinte aux droits de l'individu comme tel.

Les droits de l'individu rentrant dans cette catégorie peuvent être divisés en quatre groupes : les droits se rattachant à l'individu considéré comme une individualité intime et distincte, les droits se rattachant à son existence

(1) 20 sept. 1917, *Journal des Tribunaux*, 1918, p. 109. « Il importe peu qu'avant le procès les noms de demandeurs ne fussent pas connus du public ; aussi bien le défendeur n'a-t-il pas invoqué cette circonstance. Il suffit d'après la loi qu'en suite des attaques dont ils ont été l'objet, les demandeurs aient dû subjectivement se sentir atteints de la façon la plus grave dans leur honneur. »

Notons que la publication des injures ne peut être qu'une des circonstances de la gravité du préjudice et ainsi faire élever le montant de l'indemnité à titre de satisfaction morale.

physique, à son existence intellectuelle et à son existence morale.

Constituent atteintes à ces droits : tous les actes contraires au bien-être de l'individu dans ces quatre aspects de son existence, et qui lui causent par là même un préjudice moral.

§ 1. — *Atteintes à l'individualité intime et distincte.*

a) Atteintes au droit au nom. Tout d'abord qu'est-ce que « le nom ». C'est l'appellation servant à la désignation d'une personne. D'après la jurisprudence française, le nom est la propriété de la famille qui le porte (1) et elle dispense celui qui se plaint d'une usurpation à ce sujet de justifier d'un intérêt quelconque dans sa demande d'indemnité (2).

La jurisprudence fédérale, au contraire, et à juste titre, reconnaît que le droit au nom est un droit de la personnalité (art. 29 C. C.). Elle exige la preuve d'une lésion morale qui doit être de nature à justifier d'indemnité satisfaisante (3).

L'usurpation existe dès que l'on se sert d'un nom dans son intégralité ou seulement du nom de famille ou si le nom utilisé sans être le même prête à des confusions. Par contre il n'y a pas usurpation dans le seul fait que le nom contesté contient un mot formant une partie constitutive du nom prétendument usurpé, surtout lorsque ce mot appartient au patrimoine commun de la langue (4).

La jurisprudence admet d'autre part, que si le droit au nom patronymique est incessible de par sa nature, il est

(1) Civ. 25 octobre 1911 D. P., 1912.1.208, S. 1912.1.195.

(2) Rouen, 20 février 1933, S. 1933.2.133.

(3) T. F., 15 déc. 1926. *Rec. off.*, 1926, p. 393.

(4) T. F., 16 sept. 1932. *Journ. des Trib.*, 1933, p. 263.

loisible d'en céder l'usage, ou de renoncer contractuellement à la faculté de contester le caractère licite de cet usage qui en est fait par autrui (1).

La loi du 7 décembre 1922 sur le droit d'auteur prévoit la réparation du préjudice moral dans le cas où le nom de l'auteur, son signe distinctif ou son pseudonyme est apposé sur les reproductions n'émanant pas de l'auteur lui-même ou sur les exemplaires de l'œuvre originale d'une autre personne.

b) Atteinte à l'être intime.

Certaines de ces atteintes à la personnalité intime ont été prévues particulièrement par la loi (art. 93, 134, 151 et 318 C. C.)

Notamment en vertu de l'article 93 C. C., le fiancé dont les intérêts personnels sont gravement atteints par la rupture des fiançailles, sans qu'il y ait faute de sa part, peut demander la réparation du préjudice moral qu'il a subi, à l'autre partie.

La jurisprudence considère que la rupture des fiançailles ne constitue pas en elle-même un acte illicite. « Pour qu'elle revête ce caractère, il faut de plus que la partie qui a rompu l'ait fait d'une façon offensante pour l'autre partie et l'ait ainsi atteinte dans son sentiment de l'honneur (2). »

Nous verrons plus tard les particularités des conditions d'exercice de l'action en satisfaction morale pour la rupture des fiançailles. Pour le moment il suffit de signaler que le préjudice moral causé par la rupture des fiançailles, souvent insignifiant pour le jeune homme, entraîne générale-

(1) *Rec. off.*, 52, II, p. 281 (28 juin 1926). T. F. 8 mai 1928, *Jour. des Trib.*, 1928.

(2) T. F., 12 avril 1912, *Jour. des Trib.*, 1913, p. 2.

ment des conséquences fort graves pour les personnes du sexe féminin.

Aux termes de l'article 318, la mère d'un enfant naturel peut agir en satisfaction morale dans les cas suivants : Lorsque le défendeur lui avait promis mariage, lorsque la cohabitation a été un acte criminel ou un abus d'autorité, ou lorsque la demanderesse était encore mineure à cette époque.

Par cette disposition la loi vise divers cas de paternités qui sont le résultat d'un acte gravement illicite et celles qui peuvent leur être assimilées par le fait de la minorité ou d'un rapport d'étroite dépendance personnelle de la demanderesse ou d'une promesse de mariage non tenue.

Dans le cas de minorité de la mère, la jurisprudence se montre particulièrement large. Elle admet généralement que la mère peut se prévaloir de sa minorité par le seul fait que le défendeur ait connu ou dû connaître l'âge de la demanderesse lors des relations sexuelles (1).

Curti rappelle au sujet de la cohabitation que « celle-ci doit être obtenue au moyen de l'autorité ainsi exercée ; tout rapport sexuel entre une femme et celui qui exerce le pouvoir sur elle ne rentre donc pas dans le champ d'application de cet article ». Nous dirions plutôt que s'il y a indiscutablement rapport de subordination, on doit admettre en général que c'est par abus d'autorité que les rapports sexuels sont engagés sauf preuve contraire faite par le défendeur.

A part les cas prévus particulièrement par la loi (art. 29, 93, 134, 151, 318 C. C.), la jurisprudence, par l'application de l'article 49 C. O., admet la réparation du préjudice moral causé par d'autres atteintes à la personnalité intime. Il en

(1) T. F., 19 janvier 1927, *Jour. des Trib.*, 1927, p. 286.

est ainsi notamment d'atteintes à l'« honneur de sexe » (viol, séduction) sans que maternité suive (1), d'attentats à la pudeur (2) et d'actes immoraux commis sur des enfants (3).

c) Atteintes au droit au secret de confidences nécessaires.

Semblable atteinte peut causer un préjudice moral, dont réparation est due à la victime. Pour préciser, citons des exemples : Si un médecin dresse et délivre à un tiers sans le consentement formel de son client, un certificat attestant des constatations qu'il n'a faites et des confidences qu'il n'a reçues qu'à raison de l'exercice de sa profession, il peut être tenu de réparer le préjudice moral qu'il cause à son client (4).

Constitue à la fois une diffamation et une violation du devoir professionnel la révélation de faits inexacts dont la divulgation, s'ils étaient exacts, impliquerait la violation du secret professionnel (5).

d) Atteinte à la vie privée.

Le fait d'espionner systématiquement la vie privée d'une personne et de faire usage de ses observations au détriment de celle-ci, donne à la victime le droit de demander en vertu de l'article 49 C. O. une réparation du préjudice moral qu'elle a subi : « La vie en société exige que chacun puisse compter sur la discrétion d'autrui sans avoir à craindre

(1) T. F., 5 déc. 1922, *Journ. des Trib.*, 1923, p. 262 ; *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 42, p. 682 ; 36, p. 248 ; *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung*, 3 no. 194 ; *Rec. off.*, 35, II, p. 575 ;

(2) *Journ. des Trib.*, 1902, p. 162 ; T. F., 22 nov. 1902. De Blo-nay, t. X, n° 242.

(3) *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 29, p. 553.

(4) T. F., 25 oct. 1918, *Rec. off.*, 1918, II ; T. F., 8 juillet 1931, *Journ. des Trib.*, 1932, p. 266.

(5) T. F., 30 oct. 1919, *Rec. off.*, 1919, II. *Rec. off.*, 45, II, p. 544.

d'être épié dans son existence privée et de voir sa tranquillité troublée (1). »

Mais pour que semblable atteinte donne droit à la réparation morale, il faut que cette atteinte soit commise d'une façon illicite. C'est par l'application de cette idée qu'un détective privé n'est pas responsable de la surveillance qu'il a exercée sur une personne, s'il n'a pas commis d'acte illicite en rendant compte de sa surveillance (2).

De même un syndicat ne peut pas être tenu responsable dans le cas où il a fait observer quelqu'un qui était lié vis-à-vis de lui par certains engagements, dans son exploitation commerciale (3).

§ II. — Atteinte à l'existence physique.

Les principaux droits de la personnalité se rattachant à l'existence physique sont : la santé (4), l'intégrité corporelle (5) et la beauté (6) (défiguration). Toute atteinte à ces droits cause un préjudice moral pour lequel la victime a droit à réparation.

Vu l'importance pratique de ces atteintes, le législateur est intervenu dans des dispositions spéciales (art. 47 C. O., article 8 de la loi du 28 mars 1905 sur la responsabilité des entreprises de chemin de fer, l'art. 42 de la loi du 15 mars

(1) T. F., 19 octobre 1918, *Rec. off.*, 1918, II.

(2) Cour Jus. civ., 3 nov. 1933, *Sem. Jud.*, 1934, p. 550.

(3) T. F., 12 févr. 1936 ; *Journ. des Trib.*, 1936, p. 408.

(4) T. F., 26 janv. 1907, *Journ. des Trib.*, 1909, T. F., 23 nov. 1927 ; *Journ. des Trib.*, 1928, p. 886.

(5) T. F., 13 juil. 1932 ; *Rec. off.*, 58, II, p. 244 ; T. F., 23 oct. 1934 ; *Journ. des Trib.*, 1935, p. 232 ; T. F., 28 févr. 1934, *Journ. des Trib.*, 1934, p. 290 ; T. F., 8 mars 1920, *Rec. off.*, 1920, II, p. 50.

(6) T. F., 8 juil. 1915 ; *Sem. Jud.*, 1916, p. 657 ; Cour Just. Civ., 13 mai 1927. *Sem. Jud.*, 1927, p. 481.

1932, sur la circulation des véhicules, automobiles et cycles). Nous verrons dans le chapitre suivant que les conditions d'exercice de l'action en satisfaction morale sont ici plus favorables à la victime. Remarquons aussi que la jurisprudence, dans son ensemble, se montre particulièrement large, dans l'allocation de l'indemnité satisfaisante.

Dans la réparation de ces atteintes portées à l'existence physique de l'individu on tient compte de plusieurs facteurs, notamment des souffrances corporelles (1), de la nervosité engendrée par les blessures (neurasthénie, traumatisme) (2), de la diminution des joies de l'existence (3), du changement de vie (4), etc...

§ III. — Atteintes à l'existence intellectuelle.

Ces atteintes sont de deux sortes : Il arrive d'abord qu'un individu porte directement atteinte à l'existence intellectuelle d'un autre en lui reprochant ses incapacités. Le préjudice moral causé de ce fait peut être assez grave pour justifier une réparation (art. 49 C. O.). C'est ainsi notamment que l'inscription sur un monument funéraire « des soins injustifiés l'ont amené au tombeau » a été jugé comme une atteinte portée à la réputation et aux capacités d'un médecin et de nature à entraîner une réparation (5).

La jurisprudence semble distinguer les reproches d'inca-

(1) T. F., 8 mars 1920, *Rec. off.*, 1920, II, p. 50 ; T. F., 23 nov. 1927, *Journ. des Trib.*, 1928, p. 586.

(2) *Rec. off.*, 29, II, p. 563 ; 33, II, p. 72.

(3) *Rec. off.*, 33, II, p. 132, *Sem. jud.*, 1915, p. 607.

(4) *Rec. off.*, 29, II, p. 286.

(5) *Rec. off.*, 13, II, p. 84, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 23, p. 156.

pacité, des atteintes à l'honneur, faits plus graves : Les premiers en effet concernent le domaine intellectuel, les seconds le domaine moral dont elle est plus soucieuse d'assurer la protection.

Cependant elle considère le reproche d'incapacité professionnelle comme impliquant objectivement une atteinte aux intérêts personnels (1), mais si pareil reproche se trouve fondé, elle reconnaît que son caractère illicite en serait par là même exclu (2).

Par ailleurs la jurisprudence reconnaît à la critique une large liberté et pose le principe qu'elle doit être faite dans des vues objectives, sans dénaturer les faits, ni recourir à des moyens inadmissibles (3). C'est surtout en matière d'art et spécialement de théâtre que la jurisprudence reconnaît la liberté la plus large.

« En matière d'art et spécialement de théâtre, la liberté d'appréciation est en principe illimitée, une critique même blessante est licite à la double condition qu'elle porte exclusivement sur les productions et les talents de l'artiste sans toucher à sa personnalité morale et qu'elle ne serve pas à marquer des attaques inspirées par des sentiments de haine et de vengeance (4). »

Passons à la seconde catégorie d'atteintes, de beaucoup la plus importante : « atteintes aux droits intellectuels » (droits d'auteur). Nous n'envisagerons ici que l'aspect moral du droit d'auteur, laissant de côté son aspect pécuniaire

(1) *Rec. off.*, 42, II, p. 592 ; *Journ. des Trib.*, 1917, p. 136. *Praxis des Bundesgerichtsh.*, vol. VI, n° 3.

(2) *Rec. off.*, 42, II, p. 592.

(3) *Rec. off.*, 1929, p. 94, *Journ. des Trib.*, 1917, p. 136, *Journ. des Trib.*, 1913, p. 11.

(4) T. F., 20 avril 1906, *Journ. des Trib.*, 1907, p. 612.

qui permet de le faire entrer dans la composition du patrimoine de l'individu (1).

Nous avons déjà vu que l'article 43 de la loi du 7 décembre 1922 stipule qu'il peut être poursuivi civilement et pénalement « celui qui de manière à induire en erreur autrui appose le nom de l'auteur, son signe distinctif, ou son pseudonyme sur les exemplaire d'une reproduction n'émanant pas de l'auteur lui-même ou sur les exemplaires de l'œuvre originale d'une autre personne ».

De même l'auteur peut agir en satisfaction morale en cas où son œuvre est déformée ou mutilée d'une façon préjudiciable à sa réputation (2) (Art. 44 de la loi 1922 et 49 C. O.).

D'autre part l'homme a un droit de disposition le plus absolu sur ses pensées, sur la forme qu'il donne à ses idées. Il est maître de les communiquer ou non. C'est par l'application de cette règle qu'un auteur pourra, agir en satisfaction morale pour le préjudice moral que lui cause la livraison de son œuvre en public sans son assentiment.

§ IV. — *Atteintes à l'existence morale.*

Par là, nous désignons les atteintes portées à l'honneur, à la considération et à la dignité d'une personne. Ce sont les cas les plus fréquents de préjudice moral. On remarque, en pratique, une tendance à présenter certains préjudices apportés aux autres droits de la personnalité, comme atteintes à l'honneur. En effet, il est difficile dans certains cas de faire des distinctions solides (3).

(1) COLIN et CAPITAN, *Cours élémentaires du droit civil*, t. I, p. 169.

(2) T. F., 31 mai 1932, *Jour. des Trib.*, 1932, p. 550, *Sem. Jud.*, 1932, p. 32.

(3) Pensez aux atteintes à la capacité intellectuelle ; à la personnalité intime notamment, atteintes à l'honneur sexuel, à la pudeur.

L'action en satisfaction morale pour atteinte à l'honneur intervient en des occasions diverses que nous allons successivement examiner :

a) *Plaintes injustifiées*. Il y a lieu à réparation lorsque dans la rédaction d'une plainte pénale, on omet involontairement et consciemment une circonstance de l'affaire, à propos de laquelle cette plainte est intervenue (1).

En effet, d'après une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, une dénonciation, qui dans la suite se révèle mal fondée, n'engage la responsabilité morale de l'auteur, que s'il a agi dolosivement ou à la légère (2).

b) *Faux renseignements*. Le Tribunal fédéral décide constamment que les agences sont en principe responsables du préjudice causé aux personnes sur le compte desquelles elles ont donné des renseignements inexacts ; sauf possibilité pour elles de prouver qu'elles ont pris toutes les précautions nécessaires dans la conduite de leurs investigations (3).

Lorsqu'une personne demande des renseignements sur elle-même, fût-ce par l'intermédiaire d'un tiers, il peut y avoir atteinte portée à son honneur : c'est le cas où par la forme et le contenu des indications fournies, celui qui les a données a voulu blesser sans droit l'intéressé ; est donc exclu le cas où des renseignements inexacts ont été transmis par négligence (4).

(1) T. F., 19 avril 1913, *Rec. off.*, 39, II.

(2) T. F., 21 mai 1915, *Rec. off.*, 1915, II ; T. F., 19 octobre 1918, *Journ. des Trib.*, 1920, p. 2., C. J. C., 21 janv. 1927., *Sem. Jud.*, 1927, p. 154.

(3) T. F., 15 juin 1917, *Rec. off.*, 1917, II, *Journ. des Trib.*, 1917, p. 653.

(4) T. F., 2 mai 1914, *Journ. des Trib.*, 1914, p. 648.

c) *Injures par la voie de la presse* (1). Dans les cas d'atteintes à l'honneur par la voie de la presse, la jurisprudence fédérale tient compte de la disposition de l'article 55 de la Constitution fédérale : cet article permet à la presse d'exécuter sa mission qui consiste à renseigner les lecteurs sur les faits d'intérêt général, et affirme que la presse doit être protégée lorsqu'elle traite d'un tel sujet (2).

Le Tribunal fédéral a fait application de cette idée à propos d'un article qui critiquait sévèrement, injurieusement même, un système économique : cet article avait été rédigé, à l'occasion d'un avis donné par un industriel, qui, demandant des familles ouvrières, leur avait proposé de louer ou d'acheter des maisons mises à leur disposition.

« Ce qui est déterminant, dit le Tribunal fédéral c'est qu'on se trouve dans le domaine de la lutte sociale. L'attaque des défenseurs est dirigée non contre la vie privée du demandeur mais contre les abus de la vie économique. L'attitude du demandeur n'est mentionnée qu'à titre d'exemple de phénomènes généraux du marché du travail (3) ».

Par contre dans les cas d'atteintes à la personne même du demandeur, la jurisprudence se révèle sévère contre la presse : elle estime que le rédacteur d'un journal est obligé de prêter une attention spéciale, et de vérifier la sûreté de ses sources, lorsqu'il s'agit de nouvelles qui peuvent porter préjudice à des tiers (4). Et même la publication de faits vrais ne doit pas avoir lieu par simple but de haine, ou de

(1) Voir BONNARD *Ar.*, *La Jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de presse*.

(2) *Rec. off.*, 60, 11, p. 406, *Jour. des Trib.*, 1935, p. 290. *Praxis des Bundergerichts*, vol. 24, n° 2.

(3) T. F., 10 juillet 1912, *Journ. des Trib.*, 1913, p. 11.

(4) *Rec. off.*, 29, II, p. 683 ; 33, II, p. 592.

rancune (1), ou sans motifs légitimes et dans l'unique dessein de nuire à la personne attaquée (2).

La jurisprudence affirme d'autre part que la gravité particulière du préjudice n'est pas exclue par ce fait que l'attaque a paru dans un journal extrémiste, qui abuse journellement de la liberté de la presse (3). Pour apprécier la gravité du préjudice, d'autre part, il ne faut pas s'en tenir au sens que le rédacteur a voulu donner à son article, mais au sens que le lecteur non prévenu devait lui attribuer (4).

La jurisprudence admet par ailleurs qu'une publication dans la presse peut léser les intérêts personnels d'une personne, même si elle n'est pas désignée par son nom, et alors même que l'attaque se bornerait à des suppositions ou serait rédigée sous la forme interrogative (5). Dans d'autres cas, bien qu'aucun nom ne soit indiqué, il suffira que de l'ensemble de l'article il résulte que les critiques formulées s'adressent bien à la personne attaquée, et que les tiers n'aient pu s'y méprendre en les lisant (6). De même, l'auteur anonyme peut actionner celui qui, répondant à sa publication, a dépassé les bornes permises, pour autant que les tiers ont pu se rendre compte que les attaques dont il a été objet en sa qualité d'auteur de cet écrit visaient bien lui et personne d'autre (7).

(1) *Rec. off.*, 32, II, p. 498.

(2) *Journ. des Trib.*, 1911, p. 322.

(3) *Rec. off.*, 60, II, 408, *Journal des Tribunaux*, 1935, p. 290. *Praxis des Bundesgerichts*, vol. 14, n° 2.

(4) *Rec. off.*, 48, II, p. 581. *Journal des Trib.*, 1922, p. 209.

(5) *Rec. off.*, 60, II, p. 405, *Journ. des Trib.*, 1935, p. 290.

(6) T. F., 24 mars 1910, *Journ. des Trib.*, 1910.

(7) *Rec. off.*, 55, II, p. 98 ; *Journ. des Trib.*, 1929, p. 575 ; *Journ. des Trib.*, 1926, p. 403.

Citons les divers cas d'attaque à l'honneur par la voie de la presse :

L'accusation violente d'une administration municipale de favoriser des intérêts privés, au détriment des intérêts publics (1).

Récits d'événements anciens concernant la famille d'une personne qui est arrêtée (2).

L'imputation consistant à prétendre que certains citoyens ont commis des outrages contre Dieu (3)

L'accusation portée contre un individu, d'avoir commis un acte délictueux, par exemple des délits contre les mœurs (4).

Le fait de prétendre à propos d'une nomination de fonctionnaires du sexe féminin, que celles-ci doivent leur avancement non pas à leur mérite, à leur valeur, mais bien à leurs relations personnelles avec le directeur (5). La publication d'une lettre diffamatoire (6), l'accusation de travailler dans l'intérêt des puissances étrangères et avec des moyens financiers fournis par celles-ci (7). Le fait de traiter quelqu'un de pédéraste (8)... etc.

d) *Alteintes à l'honneur en faisant courir de faux bruits* :
On peut citer certains exemples typiques à ce sujet (9) :

(1) T. F., 28 septembre 1906, *Rec. off.*, 1906, II.

(2) T. F., 26 mai 1905, *Rec. off.*, 1905, II.

(3) T. F., 14 nov. 1908, *Journ. des Trib.*, 1909, p. 547.

(4) T. F., 24 mars 1910, *Journ. des Trib.*, 1910, *Revue der Gerichtspraxis auf dem Gebiete des Bundeszivilrechts*, 6, n° 33.

(5) T. F., 9 nov. 1912, *Journ. des Trib.*, 1912, p. 212.

(6) *Rec. off.*, 23, II, p. 1147.

(7) T. F., 29 septembre 1917, *Journ. des Trib.*, 1918, p. 109.

(8) T. F., 4 février 1888, *Rec. off.*, 14, p. 90.

(9) T. F., 2 juil. 1890, *Rec. off.*, 16, II, p. 551, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 27, p. 47.

L'envoi d'une circulaire accusant une personne d'actes déloyaux donne droit à l'indemnité satisfaisante (1).

Celui qui propage le bruit qu'un commerçant est sur le point de faire faillite est responsable du préjudice moral causé à celui-ci (2).

Donnent encore lieu à réparation morale : le reproche fait à un négociant de vendre de si mauvaises marchandises en commission qu'un commerçant honnête ne pourrait jamais les mettre en vente (3), de même le fait d'indiquer au gens de se méfier d'un marchand qui erre dans les environs (4).

e) *Autres injures et calomnies.* -- La jurisprudence n'est pas très large dans l'allocation d'une indemnité pour de simples injures verbales (5). Dans tous les cas, elle tient compte des conséquences des imputations injurieuses et des situations sociales des parties (6). Ainsi elle admet que le reproche fait à un expert judiciaire d'avoir sciemment favorisé l'une des parties au procès implique un préjudice moral à celui-ci (7).

La jurisprudence d'autre part tient compte de la situation particulière des avocats. Elle affirme que le caractère illégitime de déclarations et d'allégations en elles-mêmes attentatoires à l'honneur est exclu lorsqu'elles sont intervenues en cours de procès pour la seule défense des droits et des intérêts de la partie, lorsque leur forme ne portait pas

(1) *Schweizerische Juristenzeitung*, 5, p. 232.

(2) T. F., 17 octobre 1884, *Rec. off.*, 10, II, p. 567.

(3) *Revue der Gerichtspraxis auf dem Gebiete des Bundeszivilrechts*, 6, n° 98.

(4) *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 23, p. 542.

(5) *Rec. off.*, 2, p. 85, *Revue der Gerichtspraxis*... 3, n° 105.

(6) T. F., 4 mars 1904, *Journ. des Trib.*, 1904, p. 258.

(7) T. F., 21 octobre 1916, *Journ. des Trib.*, 1917, p. 136.

atteinte à l'honneur et qu'il n'est pas établi que l'avocat ait agi de mauvaise foi, ou avec légèreté (1).

Citons d'autres exemples :

Les propos diffamatoires tenus à une table d'auberge relativement à la solvabilité d'un notaire peuvent justifier la réparation morale même si ces propos n'avaient été entendus que par un seul témoin (2).

Les reproches faits sur une carte postale peuvent être de nature à justifier la réparation morale (3).

Des remarques désobligeantes inscrites sur une lettre de change, en circulation, donnent droit à l'indemnité satisfactoire (4).

La réquisition de séquestre sans motifs et réflexions, engage la responsabilité morale de celui qui l'a requis (5).

Le Tribunal fédéral a décidé que le romancier n'est pas responsable pour le dommage qui naît du fait que les personnages créés par son imagination sont supposés à tort être telle ou telle personne, même si l'auteur leur emprunte quelques traits spéciaux (6).

Par contre il en est autrement des études biographiques portant sur des personnalités connues (7).

Terminons enfin cette étude, et faisons la remarque suivante :

(1) T. F., 21 octobre 1916, *Journ. des Trib.*, 1917, p. 136 ; *Rec. off.*, 30, II, p. 443 ; *Rec. off.*, 34, II, p. 22 ; *Rec. off.*, 35, II, p. 606 ; *Rec. off.*, 42, II, p. 593.

(2) T. F., 24 juin 1905, *Journ. des Trib.*, 1906, p. 34.

(3) *Schweizerische Juristen Zeitung*, 6, p. 89.

(4) *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 28, II, p. 287.

(5) Cour de Justice Civile de Genève, 30 novembre 1917, *Sem. Jud.*, 1918, p. 73.

(6) *Rec. off.*, 21, II, p. 184, *Revue der Gerichts praxis auf dem Gebiete des Bundeszivilrechts*, 13, n° 104.

(7) Neuchatel, VII, p. 279.

La jurisprudence distingue les atteintes au crédit de celles apportées à l'honneur. Voici notamment un cas où le Tribunal fédéral l'affirme clairement : « l'intérêt qu'un individu a au maintien de son crédit est le même que celui qu'il a à la conservation de sa solvabilité, à l'intégrité de sa fortune ; une atteinte portée à son crédit est une atteinte portée à sa fortune puisque le crédit est un de ces éléments ayant une valeur pécuniaire dont l'ensemble constitue la fortune de l'individu (1). »

Ainsi donc l'atteinte au crédit constitue un dommage matériel et ce sont les règles de la théorie des dommages-intérêts qui s'appliquent (Art. 41 C. O.).

Toutefois, une action en satisfaction morale peut être intentée en même temps qu'une action en dommages-intérêts. Il en est ainsi, notamment, dans les cas où une atteinte au crédit constitue en même temps une atteinte à la liberté commerciale. En effet le domaine de la responsabilité morale comprend également la protection de la liberté en général. Le Tribunal Fédéral (2) en ce sens, précise que la réparation morale n'est due que si l'atteinte portée au crédit commercial avait eu pour effet de causer à la victime de graves soucis pour l'avenir de son commerce et de lui susciter des préoccupations touchant sa situation économique.

Sous-section II. -- *Préjudice moral résultant d'atteintes aux droits de l'individu comme membre de la famille.*

La famille est la base de plusieurs institutions juridiques, citons les plus importantes : la filiation, le mariage, l'obliga-

(1) T. F., 6 fév. 1906, *Jour. des Trib.*, 1907, p. 192, voir également T. F., 14 avril 1905, *Jour. des Trib.*, 1905, p. 3.

(2) T. F., 9 octobre 1896, *Journ. des Trib.*, 1896, p. 753.

tion alimentaire, la puissance paternelle, la succession, etc.

Nous retiendrons seulement les atteintes aux droits qui ont leur origine dans le principe de la solidarité morale unissant les membres d'une même famille, dans un sentiment d'affection et d'estime réciproques.

a) en principe, dans le cas d'atteinte aux droits d'une personne vivante, un proche parent de celle-ci ne peut agir en réparation du préjudice moral qu'il a subi par contre-coup, du fait de cette atteinte. Cependant, il est des hypothèses exceptionnelles où la jurisprudence admet une telle prétention : ainsi le mari peut agir en satisfaction morale, pour des injures adressées à sa femme (1). Il en est de même en cas de séduction de sa femme (2). On remarquera, d'ailleurs, que dans cette dernière hypothèse, il y a une atteinte directe à ce qu'on appelle, « droits maritaux ».

Dans le cas de séduction d'une femme mariée, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet qu'« il serait contraire à l'équité de refuser au mari le droit de réclamer une réparation quelconque à celui qui a peut-être détruit la paix de son foyer ou qui a compromis son honneur de mari », elle n'est pas toujours favorable à l'allocation d'une indemnité élevée, jugeant qu'« elle ne serait pas susceptible de remplir son but, car au point de vue moral, on pourrait facilement considérer comme une sorte d'outrage de donner satisfaction au demandeur au moyen d'une somme d'argent » (3).

Étant donné le caractère immoral, scandaleux, de ces faits, notons que ces actions accordées au mari contre le séducteur de son épouse sont rares (4).

(1) *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 42, p. 500. *Schweizerische Juristen Zeitung*, 3, p. 125.

(2) *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung*, 3, n° 194.

(3) T. F., 29 oct. 1909, *Journ. des Trib.*, 1911, p. 130.

(4) T. F., 15 juin 1917, *Journ. des Trib.*, 1917, p. 657 ; *Rec. off.*,

b) La loi prévoit le cas de préjudice moral causé par celui qui a mis fin à la vie d'un être cher dans l'art. 47 C. O.

Nous étudierons ultérieurement cette question et verrons que les conditions d'exercice de l'action en satisfaction morale sont moins rigoureuses ici qu'elles ne le sont dans le droit commun de l'art. 49 C. O. La jurisprudence se montre également et généralement assez large pour la réparation de ce genre de préjudice (1).

c) Il est d'autres cas où le préjudice moral est causé après la mort d'une personne. Il s'agit ici de l'honneur familial, par opposition à l'honneur individuel, que nous avons étudié précédemment : il y a atteinte portée à la mémoire d'un membre de famille.

Il y a lieu de remarquer que les personnes qui agissent en satisfaction morale, le font en qualité de parents et non en qualité d'héritiers.

Quant aux parents qui peuvent agir, la jurisprudence fédérale décide : « Le juge n'est pas lié par des dispositions d'ordre général et il doit bien plutôt au regard de l'article 55 C. O. (art. 49 C. O. Révisé) rechercher dans chaque cas particulier si ceux qui entendent se porter demandeurs en dommages intérêts, en vertu dudit article en suite d'imputations diffamatoires ou calomnieuses dirigées contre la mémoire d'un mort sont ou étaient encore avec celui-ci dans un rapport de parenté assez rapproché et dans des relations d'affection assez intense pour que l'on puisse admettre que

35, II, p. 657 ; *Rec. off.*, 43, II, p. 323, *Schweizerische Juristen Zeitung*, 7, p. 138. *Praxis des Bundesgerichts*, vol. VI, p. 156.

(1) T. F., 8 février 1907, *Rec. off.*, 1907, II ; T. F., 13 déc. 1907, *Journ. des Trib.*, 1907, p. 336 ; T. F., 21 déc. 1907, *Journ. des Trib.*, 1907, p. 451 ; T. F., 31 mai 1920, *Rec. off.*, 1920, p. 154, etc.

par ces imputations ils aient eux-mêmes souffert dans leur sentiment de pitié, de respect, d'amour à l'égard des diffamés (1). »

Sous-Section III. — *Préjudice moral résultant d'atteintes aux droits de l'individu comme membre de la Société.*

Ici la personne se présente dans ses activités sociales et politiques. Les droits dont il est question s'appellent « droits publics », parce qu'ils se manifestent surtout à l'encontre de l'Etat. En réalité ils existent tout aussi bien vis-à-vis des particuliers et font partie des droits de la personnalité. En conséquence, les atteintes à ces droits tombent également sous le coup de l'article 49 C. O.

En effet dans ses activités sociales, économiques et politiques, l'individu jouit des libertés qui lui sont garanties par des lois publiques (2). Une atteinte à ces libertés peut causer un préjudice moral, dont réparation est due à la victime. On remarquera toutefois que certaines libertés sont plus facilement atteintes que d'autres ; contentons-nous de signaler les cas les plus fréquents :

Tout d'abord une atteinte à la liberté religieuse peut justifier la réparation morale (3).

De même une atteinte à la liberté corporelle, notamment au cas d'arrestation ou de détention d'une personne peuvent lui causer un préjudice moral (4).

(1) T. F., 11 sept. 1908, *Journ. des Trib.*, 1909, p. 172.

(2) Voir la classification compréhensive des libertés de M. BOISTEL, *Cours de Philosophie de droit*.

(3) *Rec. off.*, 20, II, p. 481.

(4) T. F., 2 nov., 1911, *Journ. des Trib.*, 1912, p. 184 ; C. J. C., 22 janv. 1910, *Sem. Jurid.*, 1910, p. 184 ; T. F., 2 nov. 1928, *Rec. off.*, 1928, II, p. 443 ; T. F., 16 fév. 1931, *Journ. des Trib.*, 1932, p. 14.

Les plus importantes sont les atteintes à la liberté économique : la jurisprudence reconnaît d'ailleurs, largement, et protège ce droit qui appartient à toute personne physique ou morale de faire valoir ses forces et qualités dans la vie économique (1).

Les atteintes à la liberté économique se traduisent de diverses manières : tantôt une association s'efforce de causer des pertes à l'un de ses membres démissionnaires, et ceci en guise de sanctions (2). Tantôt un syndicat, par un boycottage de livraison cherche à supprimer à un commerçant le moyen de se procurer les marchandises nécessaires à son exploitation, ou par une exclusion d'ouvriers, l'empêche d'avoir recours à tout auxiliaire de travail (3). Par contre si le but de boycottage avait été seulement de contraindre le demandeur à se soumettre aux conditions fixées par l'Union défenderesse dans les relations d'affaires de ses membres avec les maisons d'importation, le boycottage doit être considéré comme licite d'après le but poursuivi (4).

Mais ce serait un abus manifeste pour un syndicat de se refuser à recevoir un commerçant, puis de le boycotter sous prétexte qu'il n'en fait pas partie et n'observe pas les conditions (5).

Il y a lieu de remarquer que nous ne considérons ici que le préjudice moral causé par des atteintes illicites à la personnalité économique, abstraction faite de ses suites matérielles. « Le droit de faire respecter la personnalité économique comporte pour l'individu le droit de mettre en va-

(1) T. F., 8 nov. 1926, *Journ. des Trib.*, 1927, p. 265

(2) T. F., 23 septembre 1911, *Rec. off.*, 37, II.

(3) T. F., 16 juin 1906, *Journ. des Trib.*, 1906, p. 675.

(4) T. F., 7 novembre 1918, *Journ. des Trib.*, 1919, p. 451.

(5) T. F., 4 décembre 1935, *Rec. off.*, 61, II, p. 348.

leur ses capacités économiques, seuls les biens inhérents à l'individu, le nom, le renom en affaires, les moyens de l'individualisation économique étant protégés par l'article 28 C.C. et non les intérêts purement économiques qui sont attachés à l'exploitation commerciale ou industrielle (1). »

Enfin donnent lieu à réparation les atteintes à la liberté et aux droits politiques (le droit à la nationalité, l'électorat, l'éligibilité aux mandats législatifs, administratifs, judiciaires, à certaines fonctions publiques, etc.) (2).

(1) T. F., 8 novembre 1936, *Journ. des Trib.*, 1937, p. 265.

(2) C. J. C., de Genève, 20 mai 1907, *Sem. Jud.*, 1907, p. 461 : T. F., 29 septembre 1917, *Journ. des Trib.*, 1918, p. 109.

CHAPITRE II

La mise en œuvre de la responsabilité morale.

Section I. — GÉNÉRALITÉS.

§ I. — Position de la question.

La question de la réparation du préjudice moral est une application du principe précédemment exposé, suivant lequel la protection des droits de la personnalité doit être assurée, lorsque ceux-ci sont mis en péril par les agissements des tiers. Nous allons envisager trois cas.

L'article 28 C. C., al. 1, prévoit la protection préventive de ces droits et accorde à cette fin une action en cessation du trouble :

« Celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser. »

Quelles sont les conditions d'exercice de cette action ?

La loi n'exige pas la preuve d'une faute, ni celle d'un dommage subi (1).

En conséquence, cette action en cessation du trouble peut être intentée contre les personnes n'ayant pas l'exercice de leurs droits civils (2).

Pour que l'article 28 C.C, al. 1, puisse s'appliquer il faut tout d'abord une atteinte illicite aux intérêts personnels : « Les droits de la personnalité ne sont protégés que contre

(1) T. F., 16 février 1922, *Journ. des Trib.*, 1922, p. 231.

(2) Voir CURTI, *op. cit.*, art. 28 ; voir TUHR, *op. cit.*, t. I, p. 349.

des atteinte illicites... que l'atteinte aux droits de la personnalité n'est pas illicite quand on emploie des moyens corrects, dans un but correct, que des moyens corrects consistent notamment dans l'emploi ou allégations de faits vrais (1). »

Il faut en outre que cette atteinte suppose un trouble menaçant (présent ou imminent) ou persistant (2).

Les atteintes aux droits de la personnalité, qui sont intervenues dans le passé nous intéressent tout spécialement. Elles nécessitent une intervention du juge, son aide à la victime d'une injustice.

Les atteintes à des intérêts personnels ont des conséquences morales fort graves, non susceptibles par conséquent d'une appréciation en argent. Cependant il peut arriver qu'elles entraînent des suites pécuniaires : les articles 49 C.O. 1^{re} disposition 45 C.O. al. III tiennent compte, en effet, du préjudice matériel, accessoire, indirectement causé par préjudice moral.

Nous nous trouvons ici en présence de la simple protection des droits patrimoniaux, à laquelle nous appliquerons toutes les règles de la théorie des dommages-intérêts.

Il suffira d'une faute même très légère de la part de l'auteur d'un dommage moral, pour qu'une action puisse être intentée.

Une dernière action, d'ailleurs, l'objet principal de notre étude, intervient pour réparer les suites normales c'est-à-dire les souffrances morales résultant des atteintes aux droits de la personnalité.

Nous avons vu qu'elle se ramenait à une assistance lé-

(1) EGGER, *Commentaire du Code civil suisse*, Chif. 54, 59, 60 ; C. J. C. de Genève, 3 novembre 1933, *Sem. Jud.*, 1934, p. 550.

(2) *Rec. off.*, 40, II, p. 599, *Journ. des Trib.*, 1922, p. 231.

gale accordée à la victime de pareilles atteintes : l'indemnité accordée pour ce fait n'est pas une réparation, mais une satisfaction d'un genre particulier.

§ II. — *Le Fondement de l'action en satisfaction morale et appréciation sur ses conditions d'exercice.*

Quel est le fondement de cette action ? Il est double. C'est d'une part, l'équité et, d'autre part, les exigences pratiques qui commandent également la réprobation de l'injustice. En effet, celui qui est victime d'une offense dans ses droits primordiaux doit avoir une satisfaction légitime ; celui qui porte atteinte aux droits d'autrui ne doit pouvoir échapper à une sanction civile.

L'article 49 C. O. pose le principe de la réparation du préjudice moral et formule les conditions d'exercice de l'action qui le sanctionne... La loi exige ici, contrairement aux hypothèses précédentes, la gravité particulière de la faute et du préjudice.

Pourquoi les conditions d'exercice de cette action sont-elles plus rigoureuses que celles de l'action en responsabilité, en cas de dommage matériel causé par un acte illicite (art. 41 C. O.) ? C'est parce que les limites des droits de la personnalité ne sont pas fixées, d'autre part le législateur veut éviter que cette action soit une action de lucre et de spéculation : il faut reconnaître qu'il est possible, quoique exceptionnellement, que cette action dégénère dans un but immoral. C'est dans ce souci également que la loi donne au juge le pouvoir de ne pas accorder une indemnité à titre de satisfaction morale, même si les conditions exigées sont remplies. On pourrait dire, comme on l'a fait, que reconnaître au juge un tel pouvoir discrétionnaire d'accorder une

indemnité sans une base objective ou de la refuser, même si les conditions exigées sont remplies, serait contraire aux principes premiers du droit. Mais il ne faut pas oublier que nous nous trouvons dans le domaine de l'équité. Et par la force des choses l'arbitraire du juge ne présente pas autant de danger que dans d'autres cas. En outre, il faut tenir compte du fait que le législateur suisse voit dans l'équité une source de premier ordre (articles 1 et 4 C. C.). Et cette conception est confirmée de la manière la plus satisfaisante, par la pratique. C'est ainsi que la jurisprudence respecte minutieusement le souci du législateur que l'action ne dégénère pas en une spéculation immorale. En effet, dès que les juges ont le sentiment que l'action est dirigée dans un but de lucre et de spéculation, ils refusent une indemnité à titre de satisfaction morale. (Voir notamment ce que dit le Tribunal fédéral dans son arrêt du 29 octobre 1909) (1).

Le but de lucre poursuivi par la victime d'une lésion morale peut justifier le refus d'allocation d'une somme importante. Cependant, si les conditions de l'action sont remplies, l'auteur d'une telle lésion ne doit pas échapper à toute sanction civile et la victime ne doit pas se voir refuser

(1) *Journal des Trib.*, 1911, p. 130.

« Il ne faut pas perdre de vue, lorsqu'on alloue une indemnité en vertu de l'article 55 CO, que la somme d'argent accordée pour tort moral, constitue déjà en elle-même un moyen imparfait d'assurer la réparation d'un préjudice subi et dans l'espèce actuelle moins encore que dans d'autres, elle ne serait susceptible de remplir son but au point de vue moral, car on pourrait facilement considérer, comme une sorte d'outrage, de donner satisfaction au demandeur au moyen d'une somme d'argent. De plus l'allocation d'une pareille indemnité comporte le danger que l'on ne fasse valoir abusivement des prétentions de cette nature dans le but de se procurer de l'argent par des procédés immoraux... » (Voir en même sens T. F., 8 juin 1937, *Rec. off.*, 63, II, p. 219. C. J. C., 9 janvier 1909, *Sem. Jud.*, 1909, p. 174).

toute réparation. Dans les cas où il lui répugnerait d'accorder une somme élevée, le juge pourra condamner le coupable à un franc de « dommages-intérêts », pratique qui n'a pas pris grande importance dans la jurisprudence suisse (1).

Nous avons vu précédemment que les notions de tort moral et de dommage matériel ont deux domaines d'application différents, et engagent par là même deux formes de responsabilités particulières, entraînant des conséquences diverses, et dont l'étude fera l'objet de ce présent chapitre. Disons maintenant, un mot sur les points de contact entre ces deux responsabilités.

§ III. — *Les points de contacts entre les actions en satisfaction morale et en dommages-intérêts.*

Ces deux formes de responsabilités, remarquons-le, ont des points communs, étant engagées toutes deux par des actes illicites, et sanctionnées par l'allocation d'une indemnité, de nature différente, suivant les cas dans lesquels elle intervient.

C'est là, d'ailleurs, la cause principale de leur confusion en droit français. Par suite de ces points communs certaines dispositions s'appliquent sans distinction dans l'un ou l'autre cas. En effet, les règles de la solidarité engagée par un acte illicite commis par plusieurs personnes (art. 50 C. O.), les règles qui régissent la fixation de l'indemnité (art. 43, 44 C. O.) et la prescription des actions en satisfaction morale et en dommages-intérêts (art. 60 C. O.) et les rapports du délit pénal et de l'acte illicite civil (art. 53 C. O.), régissent également la responsabilité civile et morale.

(1) Voir en même sens CURTI, *op. cit.*, p. 31.

Nous aurons l'occasion de préciser ces points, dans la suite de nos développements. Pour le moment, nous devons présenter une observation importante, souvent confirmée par la jurisprudence. « Le droit à une réparation morale fondé sur le droit civil subsiste tout entier, indépendamment d'un jugement pénal et, en particulier, ne peut pas être exclu par l'effet d'une condamnation pénale (1). »

Comme l'affirment MM. Fick et Schneider (2), les actions civiles et pénales pour atteinte à l'honneur (ou à un droit quelconque de la personnalité) ne s'excluent pas l'une de l'autre; elle peuvent coexister l'une à côté de l'autre ou l'une sans l'autre.

Nous verrons, toutefois, que la jurisprudence, dans l'allocation de l'indemnité satisfactoire tient compte que la condamnation pénale que la victime vient de subir, tout au moins dans la fixation de la somme équitable, car, dit-elle, la victime a déjà, par là, une satisfaction morale.

Nous y voyons une jurisprudence bien orientée. Toute-

(1) T. F., 5 déc. 1922, *Journ. des Trib.*, 1923, p. 262; voir aussi T. F., 21 sept. 1906; T. F., 9 févr. 1906, etc.

Au moment des discussions sur le projet de la loi, l'Association de la Presse suisse estimait que la décision du Conseil était insuffisante et demandait que la réclamation d'une somme d'argent fut interdite « si la violation peut être l'objet d'une condamnation pénale et quand, dans cette punition, il y a une satisfaction suffisante pour le plaignant ». Cette proposition d'exclure une réparation morale par la voie civile, quand il y a possibilité d'obtenir une peine pénale ou de police suffisante fut repoussée expressément (Mess. 1909, p. 10). ISLER remarquait, en effet, que la poursuite pénale ne suffit pas pour sauvegarder l'honneur des personnes. HUBER, de son côté, faisait observer que les deux aggravations apportées à l'obtention d'une somme d'argent à titre de réparation morale doivent avoir pour but d'éviter des pressions abusives, mais que s'il y a eu plainte pénale, il n'y a pas eu une violation particulièrement grave on devrait pouvoir néanmoins actionner en réparation du dommage.

(2) SCHNEIDER et FICK, *op. cit.*, t. I, p. 136, n° 67.

fois, on doit souligner qu'on ne doit voir dans ces circonstances qu'un simple élément pour l'appréciation et non pour l'allocation de l'indemnité équitable et encore cet élément est-il accessoire. C'est en ce sens, en effet, que Fick et Schneider affirment (t. I p. 136, n° 53) « qu'une condamnation pénale n'enlève pas le droit à une réparation civile mais peut être prise en considération lors de la fixation du montant de la condamnation civile ». D'ailleurs, la jurisprudence est en ce sens quand elle considère la question du point de vue de la victime et non de l'auteur de la lésion morale (1).

La question se pose de savoir qui peut intenter cette action ? C'est un principe incontestable que toute personne physique lésée dans les droits de sa personnalité a le droit de l'exercer. Il n'y a aucune difficulté pour les personnes capables. Mais pour les personnes frappées d'une incapacité d'exercice de leurs droits civils, leurs représentants légaux pourront-ils agir en leur nom ? La question se pose. En effet, nous avons vu qu'en principe les droits de la personnalité ne peuvent pas être exercés par représentation. Pour faire échec à ce principe, il faut une disposition expresse. Or, il n'y a aucune disposition qui prévoit cette exception. Mais la pratique ne s'est pas embarrassée d'une telle omission (T. F., 22 nov. 1902... ; Berne jur. ver., 29, p. 533).

(1) L'instance cantonale, dit le Trib. fédéral, expose que « l'offense faite au demandeur est suffisamment expiée par l'amende infligée au défendeur, mais, à l'encontre de cette opinion, il faut insister encore une fois sur le fait que la peine prononcée en vertu du droit cantonal ne peut exercer aucune influence sur la question de l'allocation de l'indemnité qui est de droit fédéral ».

Voir, également T. F., 17 déc. 1908. *Journ. des Trib.*, 1909, p. 233 ; *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 2, n° 177.

§ IV. — *L'action en satisfaction morale des personnes morales.*

Disons quelques mots maintenant au sujet des personnes morales et plus précisément de leur droit à exercer l'action en satisfaction morale : elles sont également titulaires des droits de la personnalité, mais dans une mesure assez restreinte. En effet, l'article 53 C. C. dit :

« Les personnes morales peuvent acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme telles que le sexe, l'âge et la parenté. »

Si certains droits (par exemple, les droits de famille) ne leur sont pas applicables en totalité, le principe de la capacité des personnes morales n'en demeure pas moins, principe d'ailleurs appliqué en cas de doute (1).

Ainsi, une personne morale peut être exécuteur testamentaire, elle peut acquérir la propriété intellectuelle et en exercer les prérogatives, elle a le droit à la protection du nom, d'honorabilité, etc...

Abordons la question qui nous intéresse particulièrement ici, c'est-à-dire dans quelle mesure les personnes morale peuvent exercer l'action en satisfaction morale ?

On a soutenu à ce sujet trois systèmes principaux :

Le premier est celui de M. Rossel (2) qui s'exprime en ces termes : Une personne juridique a la faculté tout aussi bien qu'une personne physique d'intenter l'action en vertu de l'article 49 C. O., car si elle ne peut, comme telle, être injuriée par exemple, ou calomniée et porter plainte devant le juge

(1) CURTI, *op. cit.*, p. 49, n° 4.

(2) ROSSEL, *op. cit.*, t. III, p. 83.

pénal, il n'est nullement impossible qu'elle soit lésée dans ses intérêts personnels, dans la considération et la confiance dont elle a besoin envers le public, dans son honneur même.

Un système opposé au précédent a été soutenu par M. Stoos (1), qui déclare qu'une souffrance ne peut être ressentie que par une personne vivante et non par une personne morale et M. Stoos dénie ainsi aux personnes morales le droit à l'exercice de l'action en satisfaction morale.

On a enfin soutenu un système intermédiaire. Dans ce système, celui de M. Martin, on distingue une catégorie de personnes qui peuvent bénéficier de l'action en satisfaction morale à l'exclusion des autres. Voici, en quelques mots, le système de M. Martin (2) :

« Il n'est pas possible d'appliquer la notion de bien immatériel, d'honneur, de souffrance morale, à une personne juridique comme une banque. Les membres qui composent une société ont des biens, des intérêts moraux, la société elle-même n'a que des intérêts pécuniaires. Mais toute personne juridique n'est pas exclue du bénéfice de l'article 55 C.O. (49 C.O. Révisé) ; les Etats, les Cantons par exemples ont certainement droit à l'honneur et à la considération, Ils ont des biens immatériels ; il en est de même de certaines associations ou fondations qui ont un but intellectuel ou moral. »

La jurisprudence fédérale de son côté, a précisé son système dans un arrêt du 14 avril 1905 (3). Nous n'avons qu'à citer l'arrêt qui est d'une précision magistrale :

(1) Stoos, *op. cit.*, p. 611.

(2) Alfred MARTIN, De la Responsabilité résultant d'un délit civil, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, vol. VIII, p. 1.

(3) *Journ. des Trib.*, 1905, p. 3.

« Il n'est pas douteux que la capacité juridique d'une personne morale n'existe pas seulement en ce qui a trait à la fortune qu'elle possède, mais la personne juridique se trouve sur le même pied que la personne physique pour ce qui concerne certains droits qui n'ont pas uniquement le caractère de droit sur les choses mais qui — entièrement et essentiellement ou — partiellement revêtent le caractère des droits individuels, ainsi le droit au nom, le droit à la marque, le droit de l'inventeur, le droit d'auteur. On doit de même reconnaître à la personne juridique le droit à être respectée à faire valeur sa personnalité, au même titre qu'une personne physique, d'une façon générale on doit la considérer comme capable pour autant qu'il ne s'agit pas de droits et qualités juridiques dont les éléments et les propriétés ne sauraient d'après leur nature même, se rattacher qu'à une personne physique, c'est-à-dire à l'homme, ainsi l'âge, le sexe, la parenté. Mais la capacité juridique de la personne morale doit être reconnue dans ces limites là, la protection que l'article 55 C. O. (49 C. O. Révisé) accorde doit aussi être étendue à cette personnalité dans les mêmes limites. Tout spécialement une personne juridique qui exploite un commerce ou une industrie doit aussi jouir de l'honorabilité commerciale qui appartient à la personne physique exerçant une industrie ou un commerce et cela abstraction faite de l'idée pécuniaire et économique qu'on rattache à ce mot d'honorabilité commerciale... »

— ... On ne peut donc parfaitement concevoir une violation de ces droits personnels d'une personne juridique sans sous-entendre par là qu'une atteinte soit portée à la personne même, des différents associés (1)... »

(1) Voir également T. F., 28 sept. 1906, T. F., 16 juin 1906, *Journ.*

Nous approuvons pleinement cette jurisprudence conforme d'ailleurs, à l'esprit de la loi (article 53 C.C.). Mais comment pouvons-nous la justifier ?

Remarquons, comme le fait M. Stoos avec raison, qu'une personne morale ne peut souffrir à proprement parler d'un dommage moral.

M. Givord (1) justifie la réparation du préjudice moral causé aux personnes juridiques en disant qu'il ne peut y avoir préjudice moral que s'il est souffert par les membres du groupement.

Mais en fait, une atteinte qui ne touche pas directement les membres d'une association ne les fait pas souffrir (2). Alors la réparation du préjudice moral des personnes morales serait posée d'une manière restrictive.

Il est vrai, selon nous, que la base de la satisfaction morale n'est pas seulement subjective et personnelle mais aussi objective et sociale : l'intérêt protégé est aussi bien individuel que social. Il y a là une combinaison naturelle qui réside dans le fondement même de l'action.

Section II. — ANALYSE DES CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ACTION EN SATISFACTION MORALE.

L'article 55 C. O. Ancien.

« Si quelqu'un a été lésé par d'autres actes illicites (que ceux prévus par l'article 54 : lésions corporelles et mort d'homme)

L'article 49 C. O. Révisé.

« Celui qui subit une atteinte dans ses intérêts personnels peut réclamer en cas de faute des dommages-intérêts et en ou-

des Trib., 1906, p. 675. C. J. C., 21 janvier 1927, *Sem. Jud.*, 1927, p. 154, T. F., 8 juillet 1931, *Journ. des Trib.*, 1932, p. 266.

(1) GIVORD, *op. cit.*, p. 178.

(2) Pensez surtout au cas où le préjudice moral est causé à l'Etat à une société anonyme, etc.

qui portent une grave atteinte à sa situation personnelle, le juge peut allouer une indemnité équitable, alors même qu'aucun dommage matériel ne serait établi ».

tre une somme d'argent à titre de réparation morale lorsque celle-ci est justifiée par la gravité particulière du préjudice subi et de la faute.

Le juge peut substituer ou ajouter à l'allocation de cette indemnité un autre mode de réparation. »

Pour engager la responsabilité morale, trois conditions sont nécessaires. Il faut un acte illicite, une faute et un préjudice tous deux particulièrement graves.

La question de savoir si ces conditions sont remplies est une question de droit ; à ce titre, le Tribunal fédéral a le pouvoir de contrôler les jugements des instances inférieures. Voici, à cet égard, la position du Tribunal fédéral définie, notamment dans un arrêt du 26 mai 1905 (1). « L'existence d'un tort moral n'est pas une simple constatation de fait et il appartient au Tribunal fédéral, en application de l'article 55 C.O. (49 C.O. Révisé) de juger si, alors même qu'aucun dommage matériel n'est établi, le recourant a été lésé par des actes illicites qui portent une grave atteinte à sa situation et s'il estime qu'il y a lieu de lui allouer une indemnité de chef. »

Reprenons et développons successivement les trois conditions citées :

A. — *De l'acte illicite.*

On peut dire que c'est la condition commune des théories de la satisfaction morale et des dommages-intérêts. L'ar-

(1) *Rec. off.*, 1905, II ; T. F., 12 déc. 1928, *Jour. des Trib.*, 1929, p. 277.

ticle 49 qui pose le principe de la responsabilité morale, contrairement à l'article 41 C.O. qui régit la responsabilité civile, ne parle pas de cette condition. Mais elle est sous-entendue. En effet, l'article 49 C.O. fait partie du chapitre II du code qui contient les obligations résultant d'actes illicites. La solution ne fait d'ailleurs aucun doute. Le Tribunal fédéral l'a affirmée plusieurs fois ; il l'a précisée, dans son arrêt du 5 mars 1935, en ces termes : « Lors de la Révision du Code des Obligations, les mots « actes illicites » ont été biffés, mais il va de soi que la condition première, de la réparation, c'est l'illicéité de l'atteinte » (voir également, *Rec. off.* 43 II 634 cons. 5 *Journ. des Trib.* 1918. 109). L'atteinte doit être illicite objectivement et coupable. Daepfen-Reynoud, *Code fédéral des Obligations*, p. 117, n° 4).

On s'est efforcé de donner une définition de l'acte illicite, souvent sans succès. Nous ne donnerons que celles qui nous paraissent les plus importantes. Le projet de Code des Obligations allemand a tenté de préciser la notion de l'acte illicite dans son article 211 :

« Celui qui use de son droit dans les limites qu'il comporte n'a pas à réparer le dommage qui peut résulter pour un tiers de l'exercice de ce droit. De même, l'on n'est pas responsable du dommage arrivé à un tiers par le fait que l'on s'est abstenu de faire un acte, à moins que l'obligation d'agir ne découle de rapports juridiques. Par contre, chacun est tenu de s'abstenir de tout acte qui causerait sans droit un dommage à autrui. »

Von Tuhr (1), après avoir dit que les actes illicites consistent dans la violation d'un devoir imposé à chacun par la loi, ajoute que : « l'illicéité (que l'article 41 ne définit

(1) Von TUHR, *op. cit.*, t. I, p. 326.

pas)(1) consiste dans la transgression d'une injonction du régime juridique... »

... « souvent un acte est illicite non seulement parce qu'il enfreint une règle générale, mais encore parce qu'il viole en même temps le droit subjectif d'un tiers. Cette violation peut tout d'abord atteindre « un droit absolu », c'est-à-dire le droit qui confère à son titulaire un pouvoir juridique que tout autre sujet de droit (Rechtsgenosse) doit respecter. Ainsi, on peut violer le droit de propriété d'autrui en détruisant sa chose ou en la détériorant : il en est de même des autres droits réels (usufruit, servitudes, droit de gage) et de la possession. Les droits aux biens immatériels (le droit d'auteur et les brevets, le droit au nom, le droit à une raison sociale) sont violés quand un tiers accomplit un acte qu'il appartient à leurs seuls et titulaires d'accomplir. »

C'est également dans ce sens que la jurisprudence entend l'acte illicite. Voici, en effet, l'opinion que le Tribunal fédéral exprime dans son arrêt du 16 juin 1906 (*Journ. des Trib.* 1906, p. 675) :

« Pour qu'il y ait un acte illicite, il faut qu'il y ait une atteinte portée à un droit subjectif ou à un droit patrimonial de la partie demanderesse, ou violation d'une règle générale de droit (*verletzung eines Gehotes der Rechtsordnung*) (2). »

(1) « Or, ce n'est pas l'art. 41 CO qui détermine ce qui dans un cas particulier est licite ou illicite. Cette conséquence doit être réduite de l'ensemble de normes générales qui régissent l'ordre public. » (T. F., 23 déc. 1929, *Journ. des Trib.*, 1930, p. 281.)

(2) Exemples de cas particuliers d'actes illicites, en matière de dommage moral :

« Le devoir d'une dénonciation est en premier lieu de mentionner exactement les faits dont il (le dénonciateur) a connaissance ; s'il en omet sciemment une partie et dénature ainsi la portée de la

Quoi qu'il en soit, en principe, ce sont les règles régissant les actes illicites qui s'appliquent, de la même manière, dans les deux cas de responsabilités civile et morale.

En effet, ce sont toujours les mêmes raisons spéciales

plainte, il commet un acte illicite. » (T. F., 19 avril 1913, *Rec. off.*, 39, II.)

« D'après la jurisprudence constante du T. F. une dénonciation qui, dans la suite, se révèle mal fondée n'engage la responsabilité de l'auteur que s'il s'agit dolosivement ou à la légère. » (T. F., 21 mai 1915, *Rec. off.*, 1915, II).

« Pour qu'un boycottage soit illicite en lui-même, il suffit que les moyens à l'aide desquels il est exécuté soient illicites. Constituent des moyens de boycottage illicites des accusations publiques mensongères et injurieuses avancées par la voie des journaux et répandus par la distribution de feuilles volantes, l'apposition d'affiches, l'envoi de lettres de menaces aux clients du boycotté... » (T. F., 11 juin 1915, *Journ. des Trib.*, 1915.)

« D'après la jurisprudence, souvent confirmée, le caractère illicite de propos et critiques en eux-mêmes attentatoires à l'honneur est exclu lorsqu'ils ont été dictés uniquement par le souci de la défense des intérêts et des droits d'une partie et que leur forme elle-même n'est pas injurieuse... » (T. F., 21 oct. 1916, *Journ. des Trib.*, 1917, p. 136) 18 juillet 1904, 24 déc. 1915.

« En effet l'auteur de l'article ne se borne pas à formuler une critique objective contre la nomination de fonctionnaires du sexe féminin... critique qui, même si elle était vive, serait licite ; au contraire, il attaque d'une façon détournée aussi bien le directeur de cet arrondissement que les demanderesses en ce sens qu'il prétend que ces dernières doivent leur avancement non à leurs mérites mais bien à leurs relations personnelles avec le directeur... » (T. F., 9 nov. 1912, *Journ. des Trib.*, 1912, p. 212.)

« Si les faits rapportés dans un article de la presse sont faux, il y a un acte objectivement illicite... » (T. F., 21 sept. 1906, *Rec. off.*, 1906, II.)

« Le but de la liberté garantie par l'art. 55 Const. fédéral est de permettre à la presse d'exécuter sa mission qui est de renseigner les lecteurs sur des faits d'intérêt général et, lorsque dans l'accomplissement de cette tâche, la presse est amenée à s'occuper de personnes et à léser leurs intérêts, elle ne peut encourir de ce chef une responsabilité pénale ou civile que s'il existe une disproportion évidente entre l'importance du but visé et la gravité de l'atteinte portée aux intérêts personnels, ou si l'auteur de l'article a quitté

qui peuvent ôter à un acte prohibé son caractère illicite (voir Von Tuhr, *op. cit.* p. 322) et le juge civil jouit toujours d'une entière liberté pour apprécier si l'acte illicite est réalisé, sans qu'il soit lié par le jugement pénal, ni par les dispositions du droit pénal en matière d'imputabilité (article 53 C. O.). Le Tribunal fédéral a précisé la portée de cette dernière règle dans plusieurs arrêts, notamment dans un arrêt du 12 février 1929 et affirmé que « la prétention du droit civil appartenant au demandeur en vertu de l'article 49 C. O. est absolument indépendante de la question de savoir si les défendeurs se sont rendus coupables ou non d'un acte délictueux et le juge civil reste tout à fait indépendant dans l'appréciation des éléments objectifs et subjectifs de l'acte illicite, au sens de cette disposition. L'article 53, al. I, C. O. pose du reste expressément le principe que le juge civil n'est pas lié par un acquittement prononcé au pénal, comme ce fut le cas en l'espèce et malgré les termes étroits de cette disposition, l'indépendance du juge civil ne concerne pas seulement la question de

le terrain d'une relation ou d'une critique objective et a eu recours à des moyens de discussion inadmissibles, par exemples en dénaturant sciemment les faits et en employant des expressions injurieuses. » (T. F., 1^{er} mai 1929, *Rec. off.*, 1929, II, p. 94).

« En matière d'art et spécialement de théâtre, la liberté d'appréciation du critique est, en principe, illimitée ; une critique même blessante est licite à la double condition qu'elle porte exclusivement sur les productions et les talents de l'artiste sans toucher à sa personnalité, et qu'elle ne serve pas à masquer des attaques inspirées par des sentiments de haine et de vengeance. » (T. F., 20 avril 1907, *Jour. des Trib.*, 1907, p. 612.)

« Les agences de renseignements ne sauraient se prévaloir du caractère confidentiel des informations qu'elles donnent à leurs clients pour décliner toute responsabilité pour le dommage qu'a pu causer à un tiers un renseignement inexact et défavorable donné sur son compte par négligence ou imprudence. » (T. F., 8 janvier 1896, *Journ. des Trib.*, 1896, p. 144.)

faute ou l'absence de faute, de capacité ou d'incapacité de discernement, mais elle s'étend aussi notamment à la question d'illicéité (cf. von Tuhr, I, p. 346). Le Tribunal civil, il est vrai, en sa qualité d'instance de recours, est lié dans la mesure où, aux termes de l'article 81, al. I, O. J. F., il doit admettre comme constants les faits tels qu'il ont été constatés par l'instance cantonale, à moins que la constatation d'un fait ne soit en contradiction avec les pièces du procès ou qu'elle ne repose sur une appréciation des preuves contraires aux dispositions légales fédérales. »

Mais il découle de l'article 53 C. O. que le jugement pénal lie le juge civil pour d'autres questions, par exemple pour la constatation du fait et de son caractère illicite. Autrement dit : « s'il y a un jugement pénal exécutif, soit de condamnation, soit d'acquiescement, le juge civil est lié par ce jugement pénal quant à l'existence d'un acte punissable. » (T. F. 13 février 1934. *Journ. des Trib.*, 1934, p. 268, (voir Von Tuhr, I, p. 364) — T. F., 21 octobre 1916, 5 décembre 1922, 2 octobre 1903, 7 novembre 1931, etc...).

Ici encore nous devons signaler deux particularités propres au dommage-moral. D'abord, l'article 41, C. O., al. II, à l'instar du Code civil allemand (parag. 826 al. II), assimile à l'acte illicite le fait contraire aux mœurs mais limite la réparation au dommage causé intentionnellement. M. von Tuhr prétend que la réparation du tort moral peut être réclamée en vertu de l'article 41 II. Nous nous rallions plutôt à l'opinion contraire de M. Oser qui y voit une disposition propre au dommage matériel. En effet, les articles 41 et 49 C. O. posent deux principes indépendants et, ainsi que nous l'avons démontré précédemment, l'article 49 C. O. n'est pas une disposition énonciatrice ni une simple application de l'article 41 C. O. comme l'a prétendu M. Grivet.

Une deuxième particularité encore plus importante découle du fait que le trait dominant de la responsabilité morale n'est pas l'acte délictueux mais le préjudice moral même qu'il entraîne. M. Stoos (1) remarque qu'il ne faut pas mettre l'accent sur l'acte délictueux mais sur le dommage non pécuniaire provenant d'un acte délictueux.

Ce fait même entraîne une conséquence importante. En effet, les obligations délictuelles sont régies par la législation du lieu de l'acte illicite, et, en cas de doute sur ce lieu, par la *lex fori* (*Rec. off.* 51 II. 328 ; 43 II. 315 ; 40 II. 485).

Ceci ne peut être vrai que tant qu'il s'agit d'un dommage matériel. En matière de dommage moral, il s'agit avant tout du statut personnel et c'est la loi personnelle de la victime qui doit être applicable. La jurisprudence fédérale semblait s'engager dans cette voie, dans un arrêt important du 15 juin 1917 (2). « Cela se justifie, dit le Tribunal fédéral, dans tous les cas, lorsqu'on considère que le demandeur et le défendeur sont tous deux citoyens suisses, que le droit suisse constitue ainsi leur statut personnel et que l'article 49 C.O. protège les droits de la personnalité... »

On sent, toutefois, les hésitations de la jurisprudence. On doit, néanmoins, l'encourager à s'engager dans cette voie. En effet, nous ne concevons pas qu'un Allemand ou un Danois, qui ne peuvent se prévaloir de l'action en réparation morale dans leur pays, dont les législations excluent totalement ou prévoient exceptionnellement l'indemnité satisfactoire, puissent en bénéficier en Suisse ou en France. Cela est d'autant plus vrai qu'il ne s'agit pas d'une peine privée infligée à l'auteur mais d'une satisfaction donnée à la victime de la lésion.

(1) *Op. cit.*, p. 603.

(2) *Journal des Tribunaux*, 1917, p. 653.

B. — *De la faute grave.*

I. — *Imputabilité* : En vertu de l'article 19 C. C., les mineurs et les interdits capables de discernement sont responsables du dommage causé par leurs actes illicites. En effet, il n'y a responsabilité que là où il y a faculté de raisonnement. Les juristes romains s'exprimaient dans ces termes : « *Quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit ?* »

Cette disposition s'applique sans distinction aussi bien dans le cas du dommage matériel que dans le cas du préjudice moral. Mais un jugement rendu par la Cour de Justice civile daté du 22 juin 1912, n'en tient pas compte. « Il résulte uniquement, dit la Cour, de la déposition du gendarme qu'au cours d'une discussion dame J. a été traitée une fois de voleuse par un enfant de 14 ans. Or, un propos tenu par un enfant de cet âge, même si ce propos a été entendu par les voisins, ne saurait porter une atteinte grave à la situation personnelle de la personne injuriée. »

Nous croyons que ce jugement n'est pas fondé, quand il érige en règle qu'un enfant de 14 ans ne lèse jamais autrui par ses injures. Il est vrai que le juge a une liberté souveraine pour juger la gravité de la faute et du préjudice et même le pouvoir d'écarter l'indemnité satisfaisante alors même que les conditions de gravité de la faute et du préjudice sont remplies, mais, ce faisant, le juge ne doit considérer que le cas spécial en s'en tenant aux circonstances particulières de l'espèce et non formuler une règle générale.

Si, en principe, la responsabilité d'une personne n'est engagée que dans le cas où cette personne est douée de la faculté de raisonnement, l'article 54 C. O. prévoit une exception importante à cette règle :

« Si l'équité l'exige, le juge peut condamner une personne

même incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé. »

La disposition est applicable sans aucune difficulté en cas de dommage matériel. Mais en matière de préjudice moral, cette disposition trouve-t-elle application ? En principe, nous disons non : Alors que la loi exclut la réparation du préjudice moral, s'il n'y a pas une gravité particulière de la faute, il serait paradoxal qu'une telle réparation soit possible en cas d'absence totale de l'idée de la faute. Mais cela ne peut être vrai que tant qu'il s'agit du principe de l'article 49 C. O. et non dans les cas particuliers de l'article 47 C. O., 29, 93 C. C. etc... Car, dans ces derniers cas, la loi n'exige pas la gravité particulière de la faute comme condition nécessaire de la satisfaction morale.

Enfin les personnes morales, de même qu'elles peuvent bénéficier de la réparation morale, peuvent être responsables des lésions morales qu'elles portent à autrui. L'article 55 C.C. dispose, en effet : « La volonté d'une personne morale s'exprime par ses organes.

Ceux-ci obligent la personne morale par leurs actes juridiques et par tous autres faits.

Les fautes commises engagent, au surplus, la responsabilité personnelle de leurs auteurs. »

Il est important de signaler encore que l'Etat est lui-même responsable de son propre fait, des actes dommageables commis par des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions, ceci en vertu du droit cantonal, et en vertu des dispositions spéciales du droit fédéral (1) (article 61 C.O.).

(1) T. F., 6 déc. 1895, *Journ. des Trib.*, 1895, p. 160 ; T. F., 2 nov 1911, *Journ. des Trib.*, 1913, p. 184 ; T. F., 9 mai 1912, *Journ. des Trib.*, 1913, p. 67.

En effet, la plupart des lois cantonales prévoient la responsabilité de l'Etat. A titre d'exemple on peut citer la loi fribourgeoise du 5 octobre 1850, d'après laquelle, si les agents du pouvoir exécutif sont responsables du dommage qu'ils ont causé par dol ou faute grave, ils ne peuvent être poursuivis sans une autorisation du Conseil d'Etat. Mais en cas de refus, ou de silence, pendant 30 jours, à partir de la demande de prise à partie, l'action peut être intentée directement contre l'Etat.

La loi genevoise du 23 mai 1909 vise dans son article 1 le cas d'un acte illicite commis par l'Etat lui-même, ou par la collectivité représentée par ses organes constitutionnels. L'article 2, au contraire, prévoit une responsabilité de l'Etat à raison de fait d'autrui, c'est-à-dire à raison d'actes commis par les personnes qui sont à son service.

2. — *Culpabilité*. Alors que la responsabilité, en cas de dommage matériel, est engagée même par une faute très légère, en matière de préjudice moral la responsabilité n'est engagée qu'en cas de gravité particulière de la faute. La différence entre les deux cas semble, au premier abord, très considérable. La jurisprudence a, toutefois, et avec raison, réduit cette différence, mais elle ne reste pas moins importante. En effet, la jurisprudence n'entend nullement, par gravité de la faute, une intention dolosive, ni la faute lourde qui lui est assimilable. (1)

(1) a) T. F., 11 septembre 1908, *Journ. des Trib.*, 1909, p. 172. — « Il n'est pas nécessaire que le diffamateur ait eu pour but d'offenser le diffamé, ou de flétrir sa mémoire ; il suffit qu'il ait su ou pu savoir que les faits articulés étaient de nature à faire perdre en tout ou en partie au diffamé la considération du public. »

b) La faute lourde, c'est une faute énorme, impardonnable, elle consiste, disaient les Romains, ne pas comprendre ce que tout le monde comprend, à ignorer ce que tout le monde connaît.

Il suffit qu'il y ait une négligence « grave » (1) ou « grossière » (2) et même une simple négligence. Dans son arrêt du 6 novembre 1934 (3) notamment, le Tribunal fédéral affirme que « d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral une simple négligence peut constituer une faute particulièrement grave au sens de l'article 49 C. O. » (*Rec. off.*, 48 II, p. 23. *Journ. des Trib.*, 1922, p. 239).

De même, en ce sens également, la Cour de justice civile de Genève décidait, dans son arrêt du 16 mai 1917, qu'« en publiant son affiche sans avoir rien fait pour se rendre compte de la situation de l'appelante, elle a commis une négligence qui équivalait à la faute lourde » (4).

La différence entre les deux responsabilités, du point de vue de l'étendue de la faute, se réduit donc tout au moins à la différence qui existe, à cet égard, entre la faute contractuelle et délictuelle. Le débiteur répondrait « seulement de sa faute légère (*culpa levis in abstracto*). Le délinquant répondrait même de sa faute très légère (*In lege aquilia levissima venit*) » (5).

Or, la jurisprudence, à notre avis, n'entend par la gravité de la faute, qu'une faute légère, excluant ainsi la faute très légère qui peut également entraîner la responsabilité délictuelle en matière de dommage matériel (T. F., 21 février 1927, *Journ. des Trib.*, p. 338; T. F., 16 janvier 1919; *Journ. des Trib.*, 1920, p. 9).

D'autre part, la jurisprudence, en appréciant la gravité

(1) T. F., 18 janvier 1922, *Journ. des Trib.*, 1922, p. 210.

(2) T. F., 29 septembre 1917, *Journ. des Trib.*, 1918, p. 109.

(3) *Journ. des Trib.*, 1935, p. 290.

(4) *Sem. Jud.*, 1918, p. 231.

(5) COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 8^e éd., t. II, p. 182.

de la faute, ne s'en tient pas exclusivement à l'idée de faute, mais voit, en général, entre la gravité de la faute et du préjudice un rapport intime. Autrement dit, suivant la jurisprudence, en règle générale, plus l'atteinte est grave, plus grave aussi est la faute. « La gravité de la faute, dit le Tribunal fédéral, doit avant tout être mise en rapport avec la gravité du dommage subi. En général, la faute est d'autant plus grave que le dommage est plus considérable » (1).

Que dire s'il y a une faute concomitante de la victime en cas d'atteinte à ses intérêts personnels ? Ce fait exclut-il automatiquement l'indemnité satisfaisante ? La jurisprudence a précisé son système dans un arrêt du 21 septembre 1906 (2) : « La première instance avait écarté la demande d'une indemnité satisfaisante basée sur l'article 55 C. O. (49 C. O. Révisé) par le motif que le demandeur avait provoqué, jusqu'à un certain point, lui-même l'article incriminé ; la seconde instance, en revanche, a accordé une indemnité en vertu de l'article 55 et par ce motif augmente l'indemnité allouée en première instance.

On ne peut reconnaître comme exact, d'une façon aussi générale que l'a fait le Tribunal de première instance, que chaque fois que le lésé est en partie responsable du dommage, il n'y a pas lieu d'accorder une indemnité satisfaisante, à raison de l'article 55 C. O. Lorsqu'il y a atteinte portée à la considération personnelle, il ne faut tenir compte, en règle générale, de la faute du lésé que pour la fixation de la quotité de l'indemnité satisfaisante accordée, en principe, par le juge : en tout cas, en l'espèce, la faute

(1) T. F., 6 novembre 1934, *Journ. des Trib.*, 1935, p. 290 ; voir également 29 septembre 1917, *Journ. des Trib.*, 1918, p. 109 et 136, etc.

(2) *Rec. off.*, 1906, II, p. 326.

du demandeur lui-même n'est pas telle qu'il faille faire absolument abstraction de l'indemnité satisfaisante. »

En effet, s'il y a faute concomitante de la victime, alors qu'en matière de dommages-intérêts (dommage matériel), la jurisprudence fait un partage de responsabilité entre les parties, suivant une proportion qu'elle établit en considérant le degré de la faute des parties, en matière de satisfaction morale (préjudice moral) elle est plus rigoureuse pour la victime et n'admet de partage de la responsabilité morale que dans le cas où la faute de la victime n'est pas provocante ou prépondérante. Cela nous paraît logique, du moment que la responsabilité morale n'est engagée qu'en cas de gravité particulière de la faute (1).

Nous verrons plus tard que la jurisprudence a longtemps refusé toute indemnité satisfaisante en cas de faute concomitante de la victime de lésions corporelles (art. 47 C. O.). C'était là une jurisprudence erronée, basée sur une mauvaise interprétation du texte de l'article 54 C. O. Ancien, mais qui put survivre à la modification de l'article 54, remplacé par l'article 47 C. O. Révisé. Finalement, la jurisprudence a changé de position (*Rec. off.*, 46, 1920, p. 154). (T. F., 16 mai 1927, *Rec. off.*, 53., 1927, p. 177 ; T. F., 21 septembre 1927 non publié (2) ; T. F., 18 janvier 1928, *Journ. des Trib.*, 1928, p. 143 ; *Sem. jud.*, 1928, p. 149, etc...)

Dans son arrêt du 16 mai 1927, notamment, le Tribunal

(1) « C'est également à juste titre que le T. F., dans son arrêt du 27 juin 1913 (R. O., 39, II, p. 283), a estimé que la provocation faisait tomber la responsabilité fondée sur l'art. 49 C. O. Mais les circonstances de cette jurisprudence sont inopérantes en l'espèce... »

(2) « Etant donné la responsabilité limitée de W. vu son âge (12 ans), sa faute concurrente (1/3) n'a pas une importance telle qu'aucune somme ne puisse être accordée aux demandeurs pour tort moral ».

fédéral affirme que « la faute de la victime ayant été reconnue initiale, grave et prépondérante, la jurisprudence constante s'oppose à l'allocation d'une indemnité à titre de réparation morale ».

Avec ce revirement raisonnable, la jurisprudence n'a fait qu'étendre l'application de son système relatif à la faute concurrente (faute commune), du droit commun de la satisfaction morale, aussi bien, au cas spécial des lésions corporelles.

C. — *Du préjudice grave.*

Le dommage matériel, c'est l'atteinte apportée au droit patrimonial (intérêt pécuniaire), le préjudice moral c'est la lésion portée au droit de la personnalité (intérêt personnel ou moral).

Le domaine des droits de la personnalité, ainsi que nous l'avons constaté au début de notre travail, n'est pas limité et le législateur qui craint que ce domaine ne soit trop élargi, exige, pour cette raison surtout, que le préjudice moral soit d'une gravité particulière.

Ainsi donc, à notre avis, dès que le juge est sûr que c'est un droit de la personnalité qui est atteint, il doit admettre généralement, sans plus, que la condition de la gravité particulière du préjudice existe.

Mais une question importante se pose. A qui incombe la preuve du préjudice moral ? Comme d'ailleurs, pour l'acte illicite et la gravité de la faute, c'est au demandeur qu'il incombe de prouver qu'un droit de sa personnalité est atteint. Mais il ne faut pas oublier que ce qui justifie l'indemnité satisfaisante, ce sont en principe les souffrances morales subies par suite de l'atteinte aux droits de la personnalité

qui sont essentiellement du for intérieur et échappent, à ce titre, à toute appréciation. En effet, le but de la réparation morale c'est adoucir ou compenser, par la voie de la justice civile, ces souffrances et non procurer de l'argent à la victime. Or, souvent, rien ne révèle extérieurement que quelqu'un ait réellement souffert par suite de la lésion morale. Pour cette raison encore, on a contesté l'indemnité pécuniaire (1). Mais on doit tenir compte de cette vérité qu'en général les souffrances morales sont des suites normales des atteintes aux droits de la personnalité. Comme de Mallon le remarque, par exemple, « il serait odieux de prétendre qu'à *priori* un père n'a éprouvé aucune douleur de la mort de son fils.... ce serait présumer un état anormal, contre nature ». En effet, les personnes qui ne souffrent pas d'une telle atteinte ne constituent qu'une catégorie restreinte dans la société. Or, la loi dispose pour la communauté, en général. En échange, la jurisprudence reconnaît au défendeur le droit de se servir de tous les moyens pour prouver le contraire (C. J. C. 9 janvier 1909 ; *Sem. Jud.*, 1909, p. 174). Ainsi que nous l'avons déjà constaté, elle ne tolère pas que cette action soit un moyen de procurer de l'argent au lésé. Ainsi donc, par la force des choses le préjudice moral s'ap-

(1) LABORDE remarquait, en effet, pour l'intérêt d'affection que celle-ci répugne à toute évaluation pécuniaire et que « la preuve de son existence, de son degré, ne peut se faire que par le témoignage même de la personne qui l'invoque car elle est tout en elle et dans les marques extérieures qu'elle donne elle-même de ces sentiments... puisque c'est sur une appréciation purement objective que les juges doivent se prononcer ; puis, argument juridique venant se greffer sur cette idée, puisque seule la victime qui vient se plaindre d'un dommage moral peut apprécier l'étendue du dommage ressenti, on arrive à cette conséquence bizarre que chacun peut se créer à soi-même un titre ».

(LABORDE, examen doctrinal, *Revue critique*, 1894, p. 26.)

précie aussi bien subjectivement qu'objectivement (1).

D'autre part, la jurisprudence, suivant l'opinion émise par von Tuhr, admet une sorte de fin de non-recevoir à l'action en satisfaction morale en cas de pardon. Von Tuhr exprime cette opinion en ces termes : « Une autre conséquence découlant du but même de la réparation morale, c'est que la créance s'éteint lorsque cesse le tort moral causé par l'injustice subie, c'est-à-dire lorsque les parties se sont conciliées, sans peut-être songer à l'existence du droit à une indemnité pour tort moral ; car si elles y avaient pensé, la conciliation impliquerait une remise tacite de la dette. La loi ne parle de pardon qu'à propos du divorce, article 137 C. C. et de l'indignité de l'héritier, article 540 C. C. ; toutefois comme phénomène éthique, le pardon doit, à mon sens, avoir effet partout où un droit découle de ce qu'une personne est blessée dans ses sentiments (2) ». La jurisprudence a fait une application intéressante de cette idée, notamment dans un arrêt du 8 juin 1937 (3). Cela est d'ailleurs conforme à sa conception morale de l'action en satisfaction morale. « La réparation du tort moral, dit le Tribunal fédéral, ne se conçoit qu'autant qu'un grief subsiste contre l'auteur du préjudice (von Tuhr le remarque avec raison. *Partie générale des Obligations*, p. 106 et suiv.). Lorsque la personne atteinte dans son affection par la mort d'un proche n'a plus aucun ressentiment contre celui qui a causé la blessure morale, elle ne peut décemment lui réclamer une satisfaction

(1) Rossel estime par contre que l'atteinte s'appréciera non pas *in abstracto* mais eu égard à la personnalité même de la partie lésée. Le défaut de ce système apparaît quand on pense aux atteintes portées aux droits des personnes morales et aux enfants en bas âge.

(2) VON TUHR, *op. cit.*, I, p. 107.

(3) *Rec. off.*, 63, II, p. 219.

à laquelle elle a implicitement renoncé (1). Et si elle introduit ou poursuit néanmoins le procès sous prétexte que l'action est dirigée contre l'assureur, le juge doit la débouter, car l'assurance est seulement destinée à couvrir la dette d'indemnité de l'assuré ; elle ne saurait, sans abus de droit, servir à redresser un tort que le lésé a pardonné... Tel est le cas de G. Elle a épousé l'auteur de l'accident, renonçant ainsi à lui demander réparation .

Il serait du reste d'autant plus immoral d'accorder à G. la somme réclamée que celle-ci profiterait en définitive au mari, l'auteur responsable de l'accident avec lequel la demanderesse vit sous le régime légal de l'union des biens. »

Section III. — DU CARACTÈRE PERSONNEL DE L'ACTION EN SATISFACTION MORALE.

L'action en satisfaction morale dont nous venons d'analyser les conditions d'exercice est une action personnelle pour trois raisons :

a) Les droits dont elle assure la protection sont attachés à la personne ; nul autre que leur titulaire ne peut prétendre les exercer.

b) Le préjudice causé étant d'ordre moral la victime seule est juge sur le point de savoir si elle doit ou non intenter cette action.

c) Enfin l'action tend à introduire dans le patrimoine de son titulaire une valeur qui vient compenser un droit de nature non patrimoniale.

La loi ne fait allusion à ce caractère personnel de l'action

(1) Toutefois, comme le remarque von TUHR, le pardon se distingue de la renonciation à une réparation morale en ce que, pour le pardon, la coopération de l'autre partie n'est pas nécessaire.

en satisfaction morale, que dans un seul cas : l'hypothèse particulière de rupture des fiançailles, visée par l'article 93 C. C. al. 2 (1) :

« Cette prétention est incessible, elle passe toutefois aux héritiers si elle était reconnue ou si le débiteur était actionné lors de l'ouverture de la succession ».

Quelle est la portée de cette disposition ?

Envisageons successivement l'opinion des auteurs, l'attitude de la Jurisprudence :

D'après l'opinion de M. von Tuhr (2), on doit admettre que l'article 93, al. II ne fait qu'une application de principe. Il déclare que c'est plutôt l'article 28 C. C., qui pose le principe général de la protection des droits de la personnalité, qui aurait dû stipuler l'intransmissibilité et l'incessibilité du droit à une réparation morale.

C'est en ce sens également que Burckhardt (3) se prononce : « Activement elle apparaît comme une action purement personnelle, comme une partie de la personne, aussi longtemps du moins que les préparatifs n'ont pas été effectués, pour sa réalisation, pour sa transformation en une action pécuniaire.

« Elle ne peut être transmise par héritage, être produite dans une faillite ou donnée en gage, tant qu'elle n'a pas été reconnue par le débiteur ou que le créancier n'a pas donné de

(1) C'est BURCKHARDT, dans la Commission d'experts de 1901 qui proposa d'adopter cette disposition limitant la cessibilité et la transmissibilité successorale du droit à une réparation morale en invoquant le parag. 1300 du Code civil allemand dont le texte assimile complètement les conditions de cessibilité à celle de l'acquisition par succession.

(2) VON TUHR, *op. cit.*, t. I, p. 107 ; t. II, p. 729, note 17.

(3) BURCKHARDT, *op. cit.*, p. 485, voir également EGGER, rem. V, 1 ad., art. 28. OSER, rem. III 3 ; BECKER, rem. 10, ad. art 47.

claires instructions pour actionner et qu'un changement a été effectué ou tout au moins commencé ».

Par contre, d'après le système défendu par M. Rossel (1), on devrait reconnaître qu'en principe l'action en satisfaction morale est intransmissible de par sa nature et même si elle avait été commencée ou si la prétention avait été reconnue. Ainsi donc serait une exception à ce principe l'article 93 al. II C. C. qui admet la transmissibilité de l'action si elle a été reconnue ou si le débiteur a été actionné lors de l'ouverture de la succession.

Quant à la jurisprudence (2) elle se rallie au premier système : Elle reconnaît en effet que, contrairement au caractère de l'action en dommages-intérêts, l'action en satisfaction morale est essentiellement personnelle ; elle ne peut donc être transmise par succession si ce n'est que lorsque la demande en justice avait été introduite par le lésé lui-même. Comme base de son système la jurisprudence invoque l'article 207 L. P.

La jurisprudence admet d'autre part que le caractère personnel de l'action en satisfaction morale découle de la nature même de la prétention. Autrement dit il n'y a pas là une disposition d'ordre public (3). Mais il est des cas où la loi dispose autrement, notamment en matière d'atteinte à l'intégrité corporelle (l'article 7 de la loi sur la responsabilité des fabricants, article 15 de la loi sur la responsabilité des

(1) ROSSEL, *op. cit.*, t. I, p. 91.

(2) T. F., 13 juin 1902 ; *Sem. Juc.*, 1903, p. 337, *Rev. de jur. féd.* XXI, p. 50 ; *Rec. off.*, 41, II, p. 555 ; *Journ. des Trib.*, 1916, p. 203. *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 42, p. 662 ; *Schweizerische Juristen Zeitung*, 3, p. 174 ; *Praxis des Bundesgerichts*, vol. IV, n° 176.

(3) T. F., 6 mars 1915, *Journ. des Trib.*, 1916, p. 137.

entreprises de transport, article 15, al. I, de la loi sur l'assurance militaire).

De cette idée que le caractère personnel de l'action en satisfaction morale réside dans la nature même de la prétention découle certaines conséquences.

a) *L'intransmissibilité successorale.*

Le principe consiste en ceci : Si le *de cujus* est mort avant d'avoir intenté l'action, aucun droit n'est transmis aux héritiers, conformément à l'idée que la victime est seule juge si elle doit ou non exercer cette action, ou si elle doit pardonner à l'auteur de la lésion morale. Ce n'est pas là un principe absolu puisque, comme nous l'avons déjà dit, si la prétention a été reconnue, ou si le débiteur a été actionné, lors de l'ouverture de la succession l'action est transmise aux héritiers (1). Cette solution est d'ailleurs logique. En effet, la victime a déjà pris partie, elle a voulu la reconnaissance de son droit, c'est alors un devoir aussi bien qu'un droit pour les héritiers de continuer et d'obtenir l'affirmation de celui-ci.

b) *Incessibilité et insaisissabilité* : l'action en satisfaction morale étant accordée personnellement, elle ne peut en principe faire l'objet d'une cession, ni être saisie ou inventoriée dans une faillite.

La question se pose de savoir si les exceptions faites à la règle interdisant la transmission héréditaire s'appliquent *mutatis mutandis* à l'incessibilité. La jurisprudence avait mis tout d'abord la question en doute (2) puis, dans un cas

(1) T. F., 3 juin 1902, *Sem. Jud.*, 1903, p. 337, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 42, p. 662, etc...

(2) T. F., 8 mars 1907, *Journ. des Trib.*, 1907, p. 2. *Schweizerische Juristen Zeitung*, 4, p. 263.

où il s'agissait de rupture des fiançailles, elle a résolu la question dans le sens affirmatif (1).

Nous devons souligner enfin, que l'obligation de payer une somme d'argent, à titre de réparation morale, se transmet par succession, comme il en est en matière de dommages-intérêts. C'est une charge qui grève le patrimoine de l'auteur du préjudice moral et passe à ses héritiers; la réparation morale n'étant pas une peine privée, infligée au coupable.

Il est intéressant de signaler que les partisans de la théorie satisfaisante des dommages-intérêts ont vu, dans l'intransmissibilité de l'action en réparation du préjudice moral, une conséquence naturelle de leur théorie : Théorie d'après laquelle le dommage est purement moral et disparaît avec la personne qui en a été victime.

A quoi l'on peut (2) répliquer en disant que la disparition du dommage, postérieure à la faute ne doit pas faire disparaître le droit à la réparation. D'ailleurs, du moment qu'on assimile réparation du préjudice matériel et réparation du préjudice moral, il serait illogique d'apporter des solutions différentes, selon qu'il s'agit de l'un et l'autre cas de dommage (3).

Nous concluons en affirmant l'évidence du caractère personnel de l'action en satisfaction; c'est une solution propre à la théorie de la satisfaction morale.

(1) T. F., 6 mars 1915, *Journ. des Trib.*, 1916, p. 137.

(2) G. RIPPET, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 181.

(3) C'est ainsi que la jurisprudence belge se prononce dans le sens de la transmissibilité de l'action en réparation du préjudice moral, comme celle du préjudice matériel. Par contre, la jurisprudence française depuis un arrêt de la Cour de Douai du 16 mars 1898, généralement suit la doctrine de MM. AUBRY et RAU et distingue selon qu'il s'agit du préjudice matériel pour admettre la transmissibilité ou du préjudice moral pour admettre l'intransmissibilité. Voir sur ce point DORVILLE, *op. cit.*, p. 360. GIVORD, p. 261.

*Section IV. — PARTICULARITÉS DE CERTAINES APPLICATIONS
LÉGALES DE LA RESPONSABILITÉ MORALE.*

Parag. A. — L'article 47 C. O.

L'article 54 C. O. Ancien.

L'article 47 C. O. Révisé.

« En cas de lésion corporelle ou de mort d'homme, le juge peut en tenant compte des circonstances particulières notamment s'il y a eu dol ou faute grave, allouer une somme équitable à la victime ou à sa famille indépendamment de la réparation du dommage constaté. »

« Le juge peut, en tenant compte des circonstances particulières, allouer à la victime de lésions corporelles ou, en cas de mort d'homme, à la famille, une indemnité équitable à titre de réparation morale. »

a) L'article 47 est l'application la plus importante du principe énoncé dans l'article 49 C. O. (1). Le législateur a voulu aggraver la responsabilité morale de l'auteur du préjudice moral en cas de lésions corporelles ou mort d'homme.

Nous avons déjà dit que l'article 7 de la loi du 1^{er} juillet 1875, qui a lui-même sa source, paraît-il, dans les anciens droits des divers cantons (2) a servi de modèle à l'ar-

(1) T. F., 8 mars 1920, *Rec. off.*, 1920, II, p. 50.

(2) En effet le message du Conseil fédéral dit : « En cas de lésion corporelle ou de mort d'homme, le projet dans son article 60 (art. 54 C. O.) accorde au juge, comme le fait déjà l'art. 7 de la loi du 1^{er} juillet 1875 sur la responsabilité de chemin de fer, le droit d'allouer, surtout s'il y a faute grave, une somme équitable à la victime ou aux parents indépendamment du dommage matériel constaté. Cette disposition est en quelque sorte une extension à des souffrances purement morales, de l'indemnité qu'admet le droit commun allemand pour les souffrances corporelles endurées par la personne lésée. »

La loi du 1^{er} juillet 1875 fut remplacée par la loi du 28 mars 1905 sur la responsabilité des entreprises de chemin de fer qui a établi la concordance avec les dispositions du Code des Obligations.

ticle 54 C. O. dont la rédaction a été changée, lors de la révision du Code des obligations et fut remplacé par l'article 47 du Code Révisé. En effet, quoique la formule de l'article 47 C. O. soit différente de celle de l'article 54 C. O. Ancien, il faut reconnaître qu'aucun changement de principe n'a été apporté (voir, en même sens, Schneider et Fick, *op. cit.*, p. 123, n° 2. T. F. 21 février 1934, *Rec. off.* 60, II, p. 464).

En laissant tomber les mots « notamment s'il y a eu dol ou faute grave », de l'ancien article 54 C. O., on a voulu simplement assouplir le texte de l'article 47 C. O. On s'était aperçu, en effet, que le juge accordait parfois une importance, qui paraissait excessive, aux circonstances de « dol et faute grave » (T. F. 22 février 1927, *Rec. off.*, 1927, II, p. 51 ; T. F., 29 janvier 1910, *Journ. des Trib.* 1910, p. 482 ; T. F., 33 mars 1932, *Rec. off.*, 58, II, p. 131).

Malheureusement, la formule de l'article 47 C. O. n'a pas été heureuse. La jurisprudence l'a interprétée d'une manière incohérente. Dans un arrêt du 23 mars 1932, le Tribunal fédéral s'attache singulièrement au terme « particuliers » et interprète l'article 47 C. O. d'une façon contraire à l'esprit de la loi qui a aggravé la responsabilité morale de l'auteur du préjudice moral en cas de lésions corporelles et de mort d'homme. Voici, en effet, les termes de la décision critiquée : « Cette indemnité a un caractère supplémentaire et exceptionnel, elle doit trouver sa justification dans les circonstances « particulières » (art 47 C. O.)... »

Par contre, allant à l'autre extrémité cette fois, le Tribunal fédéral dans deux arrêts notamment (T. F. 3 février 1932 ; *Journ. des Trib.* 1932, p. 36 et 3 mai 1934, *Journ. des Trib.*, 1934, p. 495), déclare que la faute n'est pas une condition nécessaire de la responsabilité morale de l'article 47 C. O.

Cette dernière jurisprudence est encore plus critiquable et contradictoire.

Nous nous prononçons contre cette solution qui aboutit à considérer l'article 47 comme une application non de la théorie de la responsabilité morale dont l'élément essentiel est la faute comme dans la théorie de la responsabilité civile, mais comme une application de la théorie de la responsabilité d'équité de l'article 54 C. O. D'ailleurs on peut faire valoir, à son encontre, que l'article 47 C. O. n'a rien changé au contenu de l'article 54 C. O. (1) qui mettait en évidence la condition de faute, de même que l'article 8 de la loi du 28 mars 1905 sur la responsabilité civile des chemins de fer. Ainsi donc, la faute même très légère, demeure une condition nécessaire de la responsabilité morale de l'article 47 C. O.

On peut croire que c'est pour ces raisons que le législateur a préféré la formule de l'article 54, pour la rédaction de l'article 42 de la loi du 15 mars 1932 sur la circulation des véhicules automobiles et cycles. D'ailleurs, le Tribunal fédéral interprétant la loi du 15 mars 1932, se rallie à ces conclusions, dans un arrêt du 21 novembre 1934 (*Rec. off.*, 60, II, p. 464). Le Tribunal déclare, en effet : « D'un message du 12 décembre 1930 concernant la loi sur la circulation des automobiles, il ressort que le Conseil fédéral tout en modifiant, comme on vient de l'indiquer, la rédaction de l'article 36 de l'avant-projet n'a voulu apporter aucun changement de principe à cette disposition et n'a nullement entendu diminuer la responsabilité du détenteur par rapport à ce qu'elle serait d'après l'article 47 C. O. Révisé qui

(1) FICK et SCHNEIDER, *op. cit.*, art. 47.

n'exige point que la faute soit grave » (voir, également T. F., 4 février 1936 ; *Rec. off.* 62, II, p. 55), (1).

Le législateur, en effet, n'a pas voulu dans l'un ou l'autre cas aggraver la charge de l'auteur du préjudice moral, en cas de lésions corporelles et mort d'homme, au point de l'obliger à réparer le tort moral, même lorsque ni lui, ni la personne dont il répond, n'ont commis de faute.

b) L'article 47 C. O. n'est applicable qu'en cas de lésions corporelles ou de mort d'homme, qui entraînent un préjudice moral. Les conséquences matérielles de ces lésions sont prévues spécialement dans les articles 45 et 46 C. O., par application du principe de l'article 41 C. O. L'article 47 comprend seulement les suites physiques et morales de ces atteintes, par application du principe énoncé dans l'article 49 C. O. Il va de soi, qu'il importe peu qu'il y ait ou non des conséquences matérielles, pour l'exercice de l'action en satisfaction morale en cas de lésions corporelles ou mort d'homme. L'article 47 C. O. a la même base que celle de l'article 49 C. O. ; cette base ne se confond pas avec le fondement du principe de l'article 41 C. O. et de ses applications. En cas de lésions corporelles ou mort d'homme, l'action de l'article 47 C. O. tendant à une satisfaction morale, s'exerce indépendamment et sans égard à l'existence d'un dommage matériel (2) ; ainsi, des enfants peuvent se prévaloir de cette action en cas de mort de leur père âgé et qui était à leur charge (T. F., 16 février 1901).

(1) « Il est indifférent d'appliquer l'article 42 L. A. ou l'article 47 C. O. dont les prévisions sont les mêmes malgré leur rédaction différente ».

(2) « La réparation morale peut être accordée seule ou à côté de l'indemnité allouée en vertu des art. 42 et 46 » : SCHNEIDER et FICK, *op. cit.*, I, p. 123, n° 3. Voir ROSSEL, p. 80, IV.

Il est intéressant de noter que, sous l'empire du code ancien, les termes de l'article 54 C. O. « indépendamment de la réparation pécuniaire du dommage constaté » avaient donné lieu à discussion entre M. Rossel et Stoos. M. Rossel (1) admettait que « l'article 54 C. O. embrassait, non seulement le cas du dommage moral qui résulte de la douleur physique subie ou du chagrin ressenti par la perte de l'un de ses proches, mais aussi le préjudice même matériel, dont la preuve ne saurait être apportée et dont l'existence n'est au reste pas douteuse ».

Par contre, M. Stoos (2) estimait qu'« il ne faut pas donner trop d'importance à l'adjectif *erweislich* (constaté) qui n'est qu'un *erganzendes Particip*, comme les langues romanes en exigent, mais dont on peut se dispenser en allemand et que le sens de l'article 54 est simplement celui-ci : Le juge, sous les conditions prévues à l'article 54, en dehors d'un dommage, indépendamment de ce dommage, à côté de ce dommage, outre ce dommage, peut allouer une somme équitable, dommage signifiant dommage matériel pécuniaire. »

L'article 47 C.O. Révisé a mis fin à cette discussion en faveur de l'opinion de M. Stoos. En effet, le droit suisse a consacré l'évolution importante de la distinction des notions de dommage moral et de dommage pécuniaire, qu'on avait toujours confondu d'une façon ou d'une autre.

c) Les conditions d'exercice de l'action en satisfaction morale en cas de lésions corporelles ou mort d'homme, en vertu de l'article 47 C. O. sont moins sévères que dans le droit commun de l'article 49 C. O. Ceci s'explique par le fait, d'une part que la vie, l'intégrité et la santé corporelles cons-

(1) ROSSEL, *op. cit.*, ancienne édition, III, p. 100.

(2) STOOS, *op. cit.*, p. 597.

tituent les droits primordiaux et importants du cercle des droits de la personnalité et, d'autre part, parce que ce sont les atteintes à la personnalité les plus fréquentes, aussi bien que les plus sérieuses.

Tout d'abord, la loi n'exige pas l'existence d'une faute grave de l'auteur de la lésion. Ainsi donc, « l'octroi, à la victime des lésions corporelles, d'une indemnité équitable, à titre de réparation morale, n'est pas subordonné à l'existence d'une faute particulièrement grave de l'auteur du dommage, par exception à la disposition générale 49 C.O. : (53 II, 429, 59 II 165 ; (Daepfen-Raymond, p. 107, art. 472 a). « Même une faute très légère peut suffire » (*Rec. off.*, 33, II, 587 ; 53. II 429 ; *Journ. des Trib.* 1928, p. 34). Mais celle-ci du moins est nécessaire quoique l'article n'en parle point. L'article 54 C.O. ancien, le mettait en évidence. Or, l'article 47 C.O. n'a rien changé au contenu de l'article 54 (Schneider et Fick, T.F. ; 21 novembre 1934 ; T.F., 4 février 1936).

La faute, dans une mesure quelconque, est un élément irréductible de la responsabilité morale (1).

Nous devons marquer que, sous l'empire de l'article 54 C.O. Ancien, la jurisprudence avait déduit des termes « indépendamment de la réparation du dommage constaté », qu'une indemnité satisfaisante ne pouvait être allouée en cas de faute concomitante de la victime. Cette jurisprudence qui a commencé par un arrêt du 14 février 1890 (*Rec. off.* 16, II, p. 192), a été souvent confirmée (voir notamment T.F., 3 novembre 1905 ; T.F., 2 juillet 1909 ; 22 septembre 1921, etc...) Cette interprétation erronée devenue une juris-

(1) Voir toutefois, dans le sens contraire, les arrêts du Tribunal fédéral déjà cités du 3 février 1932 et du 13 mai 1934.

prudence constante, avait même survécu à la révision du Code des Obligations où l'article 54 fut remplacé par l'article 47 dont les termes sont différents. De l'avis de M. Thilo (1) la jurisprudence a fait un revirement pour la première fois dans son arrêt du 31 mai 1920 (*Rec. off.*, 46, II, p. 156). Nous croyons, toutefois, que ce revirement remonte à un arrêt du 17 février 1916 (*Journ. des trib.*, 1915, p. 189) dans lequel le Tribunal fédéral déclarait, malgré la faute concomitante de la victime : « Il suffit de remarquer qu'en l'espèce — vu la grande légèreté avec laquelle le défendeur a agi ou plus exactement n'a pas agi — il était justifié d'accorder une indemnité à titre de réparation morale au sens de l'article 47 C. O. »

Quoi qu'il en soit, le Tribunal fédéral, comme le déclare M. Thilo, a précisé sa nouvelle jurisprudence notamment dans les arrêts du 16 mai 1927 (*Rec. off.*, 53, II, p. 179) et 21 septembre 1927. Selon cette nouvelle jurisprudence, la faute concomitante n'exclut pas d'emblée la réparation morale. La réparation morale n'est due que dans le cas où la faute concomitante de la victime n'est pas prépondérante, grave et initiale (voir également T.F., 28 juin 1927, 18 juin 1928 ; T.F. 4 avril 1928, T.F. 12 décembre 1928, etc...). En effet, ainsi que nous l'avons déjà affirmé, la jurisprudence a fait un retour raisonnable à la jurisprudence de droit commun de l'article 49 C.O. (2).

(1) Voir l'intéressant article de M. THILO, greffier du T. F. dans : *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 15 avril 1928, Heft, 20.

(2) « La faute concomitante du lésé peut, le cas échéant, être prise en considération pour fixer le montant de l'indemnité mais elle n'exclut pas, sans autre, l'allocation d'une indemnité à titre de réparation morale, 55, II, 321 cons 4, (XIX n° 3) (1930, 1934) ; 54, II, 17 al. 2 (XVII, n° 49) (1928, I. 143). Une telle indemnité a été cependant refusée du fait de l'existence d'une faute concurrente,

La loi n'exige pas non plus la gravité du préjudice. En effet, il ne s'agit pas d'un intérêt moral quelconque, mais des droits de la personnalité dont l'étendue est incontestable et commune à tous. Le préjudice dont il est question dans l'article 47 est constitué par les souffrances corporelles, nervosités, graves ennuis, changement d'existence, diminution des joies de l'existence, défiguration (dans ce cas, toutefois, on se rappelle que la jurisprudence applique l'article 49 mais elle n'est pas ferme, comparez C. just. C., 13 mai 1927, *Sem. Jud.*, 1927 p. 481 et T.F., 8 juillet 1915, *Sem. Jud.*, 1916, p. 657).

Par ailleurs, comme dans le droit commun de l'article 49 C.O., le juge a une grande liberté d'appréciation et il peut considérer les circonstances particulières qui militent pour ou contre l'allocation d'une indemnité satisfaisante.

Cette souveraineté du juge, il faut bien le souligner, est propre à la responsabilité morale. L'équité ne peut être satisfaite dans ce cas, par des normes rigides.

Ainsi donc, même si les conditions de faute et du préjudice sont remplies, le juge peut, en tenant compte de toutes les circonstances, refuser la réparation pécuniaire (1). Le

parce que l'auteur du dommage n'avait commis qu'une faute légère (et malgré les conséquences très graves de cette faute) : 58, II, 140 n° 24 (XXI, n° 70) (1933, I. 403). Voir Daepfen, art. 49 C.O.

(1) Le Tribunal fédéral (21 février 1927, *Journ. des trib.*, 1927, p. 338) déclare : « C'est aussi à bon droit que les instances cantonales ont refusé d'allouer au demandeur une réparation morale. Les circonstances, soit en ce qui concerne une faute éventuelle de la défenderesse (qui de toute façon ne pourrait être que très légère), soit en ce qui a trait aux souffrances morales que pourrait avoir éprouvées le demandeur à la mort de sa femme, ne sont pas de telle nature qu'elles puissent amener le juge à faire usage de la faculté que lui donne l'article 47 C.O., d'allouer une indemnité équiva-

Tribunal fédéral déclarait, en effet, dans son arrêt du 2 octobre 1903 : « Au contraire, par l'article 54 C.O. le législateur a voulu laisser au juge le droit de libre appréciation lui permettant de peser toutes les circonstances telles que la situation personnelle du lésé ou de ses ayants droit, la nature de la lésion et les conséquences particulières qu'elle peut avoir eues, etc... »

On doit reconnaître que ce n'est que très rarement (T.F., 31 janvier 1933, *Sem. jur.* 1933, p. 340 par exemple) (1) que la jurisprudence a abusé de son pouvoir souverain.

Nous devons remarquer, par ailleurs, que la jurisprudence fédérale, pour admettre l'indemnité à titre de réparation morale a une tendance générale à exiger la gravité de la faute de l'auteur, si les autres circonstances ne militent pas dans leur ensemble en faveur de la victime (T.F. 23 novembre 1925, ; *Journ. des Trib.* 1926, p. 332 Tribunal fédéral, 22 février 1927, *Journ. des Trib.* 1927, p. 235 ; T.F., 18 jan-

table à titre de réparation morale, les instances cantonales ont signalé à bon droit que les allures quelque peu étranges de la défunte étaient de nature du entraîner très vraisemblablement, un relâchement du lien conjugal. »

Le Tribunal fédéral, dans un autre arrêt (*Rec. off.*, 58, II, p. 344) prenait en considération la peine et les remords que l'auteur du dommage, ce qui nous paraît critiquable (voir, également, T. F., 14 septembre 1932, *Rec. off.*, 58, p. 34).

(1) Dans l'espèce, il s'agissait d'un cas où le préjudice moral, par suite des lésions corporelles était établi (la jambe raccourcie de 3 cmc.) pourtant le Tribunal qui prend en considération toutes les circonstances ne fait pas une appréciation raisonnable de celles-ci, en déclarant à propos de l'indemnité : « Encore faut-il que les circonstances particulières la justifient ce qui n'est pas le cas en l'espèce : la demanderesse a sans doute des douleurs physiques, mais elles sont éloignées dans le temps, elles n'ont pas été excessives et n'ont pas duré très longtemps. » Cette argumentation nous paraît inique, et elle va au delà de la critique.

vier 1928. *Journ. des Trib.* 1928, p. 143; T.F., 23 mars 1932, *Rec. off.*, 58 p. 135).

d) Il va de soi que l'article 47 C.O. s'applique quand les lésions corporelles et la mort d'homme sont engendrées par le fait même de l'auteur de la lésion. *Quid*, si le préjudice moral est causé par un tiers dont on est responsable (article 55 C.O., article 333 C.C.), par un animal dont on a la garde (article 56 C.O.), par un bâtiment ou ouvrage dont on est propriétaire (article 58 C.O.). La doctrine (voir notamment Schneider et Fick, *op. cit.* p. 123, n° 4; Martin Achard, *op. cit.* p. 87), et la jurisprudence admettent, dans ces cas également, la réparation du préjudice moral.

Mais la question se pose de savoir si, pour admettre la réparation du préjudice moral, il faut nécessairement que les conditions de l'article 47 C.O. soient remplies, ou bien si le terme : « dommage » des dispositions légales (articles 55, 56, 58 C.O. article 333 C.C.) comprend également le préjudice moral. L'intérêt de la question réside dans le fait que, d'après l'article 47 C.O., la victime doit établir elle-même son droit à l'indemnité à titre de réparation morale, alors que, d'après les autres dispositions qui créent une présomption de responsabilité en faveur de la victime, l'auteur de la lésion doit prouver la condition de sa libération.

La jurisprudence fédérale (1) applique, à juste titre, l'article 47 C. O. En effet, il est plus conforme à l'esprit de la loi qui a distingué et réglementé autrement les deux institu-

(1) T. F., 6 novembre 1885 ; T. F., 17 octobre 1923, *Rec. off.*, 1923, p. 368 ; T. F., 3 février 1932, *Journ. des Trib.*, 1932, p. 36 ; T. F., 3 mai 1934, *Journ. des Trib.*, 1934, p. 495 ; dans les deux derniers arrêts le Tribunal fédéral, tout en appliquant l'article 47 CO, a nié comme on l'a déjà vu, la condition de faute impliquée dans l'article 47 et qui est un élément nécessaire de la responsabilité morale.

tions du dommage matériel et du dommage moral et aussi au système de la jurisprudence qui a mis au point la théorie de la satisfaction morale. Il faut admettre que le préjudice moral n'est réparable que si les conditions de l'article 49 C.O. ou, éventuellement, celles de ses applications particulières (article 47 C.O., C.C. articles 29, 93, 134, 151, 318) sont réunies.

D'ailleurs, on comprendrait mal que pour la réparation du préjudice moral causé par le détenteur d'une voiture, la preuve incombe à la victime (loi du 15 mars 1932 sur la circulation des véhicules automobiles et cycles) et qu'il en soit autrement si le dommage moral est causé par un bâtiment, ou un animal, ou un tiers dont on est responsable.

Le dommage moral et le dommage matériel ont des fondements différents dont on doit toujours tenir compte.

e) En cas de lésions corporelles, c'est le lésé seul qui peut agir en vertu de l'article 47 C. O., pour demander la réparation satisfaisante du préjudice moral qu'il subit. La question ne soulève, en effet, aucune difficulté.

En cas de mort d'homme, la loi dit que c'est « la famille » qui a l'action en satisfaction morale. Que faut-il entendre par le terme « famille » de l'article 47 C. O. ?

D'après MM. Schneider et Fick (1), par « famille » « il faut comprendre seulement les personnes qui sont dans un rapport de parenté étroit avec la personne lésée, soit le conjoint, les enfants, à l'exclusion des autres ayants droit à la dette alimentaire ».

Par contre, M. von Tuhr (2) déclare qu'« on doit interpréter le mot « famille », non pas dans son sens juridique,

(1) SCHNEIDER et FICK, *op. cit.*, I, p. 124, n° 26.

(2) VON TUHR, I, p. 344.

mais suivant les relations qui existaient réellement entre le lésé et le défunt ».

Oser (1) également se prononce dans ce dernier sens.

La jurisprudence s'est inspirée de cette doctrine. Elle admet, également, que la « famille » (*angehörige* du texte allemand) n'implique pas nécessairement une relation de parenté et prend en considération surtout les relations effectives qui existaient entre le lésé et le défunt. C'est ainsi qu'elle accorde l'indemnité satisfaisante à la fiancée du défunt ; (T. F., 27 janvier 1931, Rec. off., 1931, p. 53 ; T. F. 21 décembre 1907 ; Journ. des trib. 1907, p. 45) (2).

Cette jurisprudence n'est pas d'ailleurs sans fondement. En effet, déjà en 1901, le Conseil fédéral (3) affirmait « nous avons renoncé à une définition du terme de « famille » d'abord parce que le code des obligations n'en donne pas et, ensuite, parce qu'une définition légale pourrait limiter le cercle des personnes qui n'auraient avec le défunt aucun rapport de parenté ou d'adoption, apparaîtraient comme faisant partie de sa famille. »

Dans son ensemble, on doit reconnaître que la jurisprudence ne se montre pas trop large et refuse souvent l'action en satisfaction morale de l'article 47 C. O., même aux frères et sœurs du défunt (4).

(1) OSER, *op. cit.*, 2^e éd., ren. 7 sur art., 47 C. O. Voir également Martin ACHARD, *op. cit.*, p. 90). PRELAZ, *De la répartition pécuniaire du préjudice moral*, p. 79. Lausanne, 1893, Haberstich, *op. cit.*, t. I, p. 229 dans un sens plutôt contraire).

(2) Trib. féd., 21 juillet 1908.

(3) Message du 1^{er} mai concernant la révision de la loi sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer. Feuille fédérale, 1901, II, p. 888 ; ad art. 7.

(4) T. F., 22 février 1927, *Journ. des trib.*, 1927, p. 235 ; T. F., 6 octobre 1931, *Journ. des Trib.*, 1931, p. 121 ; « En outre, il faut tenir compte du fait que les demandeurs ne sont ni un conjoint,

M. Prelaz se pose la question de savoir si plusieurs personnes de la famille, ayants droit, peuvent agir individuellement, en vertu de l'article 47 C. O., et y répond affirmativement. Le juge doit toutefois tenir compte du fait que cela ne doit pas aboutir à l'enrichissement de la famille du défunt.

f) Pour le surplus, ce sont les mêmes règles que celles qui régissent le principe général de l'article 49 C. O. qui s'appliquent également dans le cas particulier de l'article 47 C. O. Il en est ainsi notamment de l'indemnité allouée à titre de réparation morale. Il suffit de remarquer toutefois que les sommes les plus élevées sont allouées en cas de lésions corporelles. Par ailleurs, depuis un arrêt du 5 juillet 1932 (Journ. des trib., 1932, p. 482), le tribunal fédéral a opéré un glissement par rapport à sa jurisprudence antérieure, qui se trouvait toujours extrêmement libérale dans l'allocation du dommage matériel (perte du soutien, article 45 C. O.) et observait une certaine retenue dans la réparation morale, en cas de mort d'homme. En effet, depuis l'arrêt précité, la jurisprudence fédérale, à juste titre, a interverti son système lorsqu'il s'agit de la perte de jeunes enfants. Le Tribunal estime que le décès d'un fils ou d'une fille de bas âge cause à ses parents un dommage moral immense et immédiat, tandis que le dommage matériel futur apparaît plutôt problématique (T. F., 12 février 1935 ; Journ. des trib., 1935, p. 319 ; Tribunal fédéral, 18 mars 1936 ; Journ. des trib., 1936, p. 330).

ni les parents ou les enfants du décédé, ce sont les frères et sœurs et leurs enfants. Malgré leur proche parenté, leur douleur, ne peut être comparée à celle des parents en ligne directe.» Par contre, voir l'arrêt du Tribunal fédéral, 3 mai 1906, *Rec. off.*, 1906, p. 217, où les sœurs et même les tantes sont indemnisées.

Nous ne pouvons pas étudier en détail les autres cas où la loi fait application de la responsabilité morale. Nous nous contentons de citer les textes mêmes en faisant certaines remarques élémentaires.

B. — *L'article 29 C. C.*

Une autre application se trouve dans l'article 29 C. C., al. II :

« Celui qui est lésé par une usurpation de son nom peut intenter action pour la faire cesser, sans préjudice de tous les dommages-intérêts en cas de faute et d'une indemnité, à titre de réparation morale si cette indemnité est justifiée par la nature du tort éprouvé. »

Pour justifier l'allocation d'une indemnité à titre de satisfaction morale, il faut certainement que cette usurpation constitue un acte illicite, un acte contraire à la loi.

La loi exige, d'autre part, l'existence d'une faute mais une faute même très légère suffit. C'est le seul point où il est dérogé au droit commun de l'article 49 C. O. qui exige, en effet, « la gravité particulière de la faute ».

Le juge apprécie librement, si la nature du tort éprouvé justifie l'allocation de l'indemnité satisfactorie.

C. — *Article 93 C. C.*

« Lorsque la rupture porte une grave atteinte aux intérêts personnels d'un fiancé sans qu'il y ait faute de sa part, le juge peut lui allouer une somme d'argent à titre de réparation morale, si l'autre partie est en faute.

« Cette prétention est incessible, elle passe toutefois aux héritiers, si elle était reconnue ou si le débiteur était actionné lors de l'ouverture de la succession. »

D'après la jurisprudence, comme nous l'avons vu, l'acte illicite dans ce cas n'est pas simplement le fait même de rupture, il faut encore que celle-ci ait été faite d'une façon offensante pour l'autre partie et l'ait ainsi atteinte dans son honneur (1).

Quant à la faute, comme dans le cas envisagé précédemment, la loi n'exige pas une gravité particulière. Mais on doit remarquer le refus d'indemnité dans tous les cas où il y a une faute concurrente du lésé (2). Cette exclusion se dégage de l'expression de la loi « sans qu'il y ait faute de sa part ». Cela comporte également une dérogation à la solution de droit commun que nous venons d'étudier.

Il est des hypothèses où il est délicat de saisir s'il y a ou non faute concurrente de la victime dans la rupture des fiançailles par l'autre partie (3).

Le deuxième alinéa de notre article parle de l'incessibilité et l'intransmissibilité de l'action en satisfaction morale en cas de rupture de fiançailles. Nous avons déjà soutenu qu'il n'y a là qu'une simple application du droit commun.

D. — Article 134 C. C., al. II.

En cas de nullité de mariage, la loi prévoit la satisfaction morale, et nous renvoie aux dispositions qui règlent le divorce. L'article 134 C. C., al. II, dit en effet :

« La liquidation des biens matrimoniaux et les indemnités réclamées par les époux à titre des dommages-intérêts, pension alimentaire et répartition morale sont réglées comme en cas de divorce. »

(1) T. F., 12 avril 1912, *Journ. des Trib.*, 1913, p. 2.

(2) T. F., 19 janvier 1927, *Journ. des Trib.*, 1927, p. 286.

(3) T. F., 4 octobre, 1928, *Journ. des Trib.*, 1929, p. 112.

E. — *Article 151 C. C., al. II.*

« Si les faits qui ont déterminé le divorce ont porté une grave atteinte aux intérêts personnels de l'époux innocent, le juge peut lui allouer, en outre, une somme d'argent à titre de réparation morale ».

La disposition est claire et ne soulève aucune difficulté dans la pratique. Nous n'avons qu'à citer les exemples que donne Curti : le mari a introduit sa maîtresse au domicile conjugal, il se montre en public en sa compagnie ; l'époux coupable a communiqué à son cojoint une maladie vénérienne, ou l'a gravement maltraité.

Nous devons remarquer, toutefois, que le Code civil suisse a dérogé aux divers droits cantonaux qui admettaient l'allocation d'une indemnité, dont le maximum était calculé proportionnellement à la fortune et aux ressources du défendeur, par le seul fait qu'un des époux avait causé le divorce par sa faute. Ainsi, le Code civil zurichois statuait dans le parag. 629 : « En cas de divorce, si la faute incombe totalement ou en grande partie au mari, sa femme aura le droit à une indemnité : celle-ci sera constituée soit par un capital fixe, soit en versements annuels pour son entretien. » Il n'y avait là, en fait, qu'une application de l'idée de peine privée.

F. — *Article 318 C. C.*

« Une somme d'argent peut être allouée à titre de réparation morale à la mère lorsque le défendeur lui avait promis le mariage, lorsque la cohabitation a été acte criminel ou un abus d'autorité ou lorsque la demandeuse était encore mineure à l'époque de la cohabitation.

G.

Enfin la loi fédérale du 7 décembre 1922 « sur le droit d'auteur » prévoit spécialement la protection du droit moral de l'auteur. En effet, en vertu de son article 43, Ch. 1, peut être poursuivi civilement et pénalement « celui qui, de manière à induire en erreur autrui, appose le nom de l'auteur, son signe distinctif, ou son pseudonyme sur les exemplaires d'une reproduction n'émanant pas de l'auteur lui-même ou sur les exemplaires de l'œuvre originale d'une autre personne ».

D'autre part, l'article 44 *in fine* réserve les dispositions du droit commun de la protection des droits de la personnalité.

« Il découle des règles de la protection de la personnalité (article 28 C. C., 49 C. O.) d'une part, que l'auteur a droit à ce que son nom figure sur son œuvre sans altération et à ce qu'un autre nom n'y figure pas ; d'autre part, que l'auteur a le droit de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de son œuvre qui seraient préjudiciables à son honneur ou à sa réputation (1). »

Nous concluons en faisant certaines remarques importantes d'ordre général. Dans ces cas divers prévus par la loi, les dispositions spéciales en question s'appliquent à l'exclusion du principe de l'article 49 C. O. (T. F., 8 juillet 1915 ; Rec. off., 1915, p. 507. Voir également Curti, p. 82, n° 7). Mais dès que la disposition spéciale, qu'il s'agit d'appliquer dans une espèce, est muette sur un détail, c'est aux règles du droit commun qu'on doit s'adresser. Nous venons de voir que la loi sur le droit d'auteur du 7 décembre 1922

(1) T. F., 31 mai 1932, *Sem. Jud.*, 1932, p. 32, *Journ. des Trib.*, 1932, p. 550.

fait ce renvoi expressément dans son article 44 *in fine*. Mais il n'est pas nécessaire qu'il en soit toujours ainsi. En effet, il va de soi que la jurisprudence apprécie l'indemnité satisfactoire, s'inspirant toujours des mêmes considérations, qu'il s'agisse d'une disposition spéciale ou du principe de l'article 49 C. O. De même, en principe, la faute concomitante de la victime n'exclut pas automatiquement l'allocation de l'indemnité équitable (sauf peut-être, le cas de la rupture des fiançailles, article 93). En outre, c'est toujours la théorie de l'acte illicite du droit commun qui est la condition commune de toutes ces dispositions. Enfin, toutes ces dispositions ont la même nature, d'où découlent certaines conséquences importantes qui régissent également le principe et ses applications spéciales (intransmissibilité, incessibilité, insaisissabilité, fin de non-recevoir, statut personnel, etc...)

Mais si l'application de ces dispositions spéciales exclut par là même l'application du principe de l'article 49 C. O., par contre plusieurs de ces dispositions particulières peuvent être appliquées simultanément dans une même espèce. Car, aux termes de la jurisprudence, les bases de fait et de droit de ces indemnités sont différentes. C'est là plutôt une des conséquences du fait que la loi les a traitées spécifiquement.

Quoi qu'il en soit, voici ce que dit le Tribunal fédéral, sur la question, dans son arrêt du 19 janvier 1927 (1) : « Rien ne s'oppose à ce que la demanderesse obtienne à la fois une indemnité en vertu de l'article 318 et une indemnité en vertu de l'article 93. Il ne s'agit nullement de réparations basées sur les mêmes faits : dans le cadre de l'article 93, l'action repose sur la rupture des fiançailles impu-

(1) *Journ. des Trib.*, 1927, p. 286.

table à la partie adverse ; dans le cadre de l'article 318 l'action se fonde sur les circonstances particulières qui ont entouré la cohabitation. Les bases de fait et de droit des deux indemnités sont différentes. »

Nous croyons, toutefois, que la jurisprudence, au lieu de parler du cumul des indemnités dans ces cas, devrait plutôt considérer la satisfaction du lésé comme un tout, en tenant compte seulement du fait que la lésion est plus grave que dans le cas simple, et ainsi allouer une indemnité plus forte *ex aequo et bono*, car le but de ces actions n'est pas de procurer de l'argent à la personne en échange des lésions morales qu'elle subit, mais venir en aide à la victime qui cherche et obtient une satisfaction efficace, et équitable.

Section V. — DU CUMUL DE LA RESPONSABILITÉ MORALE ET DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE.

La question du cumul de la responsabilité morale et de la responsabilité délictuelle (civile) ne soulève pas de difficulté.

En effet, comme on l'a précisé, d'une part, il ne saurait faire doute que la législation a voulu subordonner à des conditions toutes particulières l'action en dommages-intérêts et l'action en réparation morale, en regard à leurs conséquences pour le défendeur (1) et que, d'autre part, les fondements des deux actions sont différents et s'opposent en quelque sorte.

Ainsi donc, dès que les conditions des articles 41 et 49 sont réalisées, on peut faire une demande pour chaque chef concurremment et sans aucune option. On a déjà signalé le cumul de l'action en réparation morale de l'article 47,

(1) T. F., 16 févr. 1922, *Journ. des Trib.*, 1922, p. 231.

d'une part, et de l'action en dommages-intérêts des articles 55, 56, 58, C.O., et 333 C.C., d'autre part (1). Mais le cumul est fréquent surtout quand il y a un dommage matériel indirect consacré dans les articles 49 et 45 C.O. En effet, une offense contre un droit de la personnalité peut avoir des suites matérielles que la loi distingue et attache justement à la responsabilité de l'article 41 C. O.

Mais la question est plus délicate quand il s'agit du cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité morale.

Une première question importante doit être résolue. C'est la question de savoir si un intérêt moral peut valablement faire l'objet d'un contrat. L'intérêt moral, dont il est question ici, a un sens plus large que « l'intérêt personnel » de l'article 49 C. O. C'est l'intérêt d'affection et il comprend tout intérêt autre que l'intérêt pécuniaire dans un sens large. L'ancien droit zurichois répondait négativement à la question. En effet, le code civil zurichois désignait dans son paragraphe 955, comme objet de l'obligation, toute chose possible et licite ayant une valeur pécuniaire.

C'était également la solution de l'ancien droit français. Pothier (2) affirmait nettement que : « ce qu'on s'oblige de faire ou de ne pas faire doit être tel que celui envers qui l'obligation est contractée ait un intérêt que cela soit fait ou ne soit pas fait. Et cet intérêt doit être appréciable. La raison en est évidente. Une obligation étant un lien de droit, il ne peut y avoir d'obligation lorsque celui qui a promis de faire ou de ne pas faire peut impunément ne pas exécuter sa

(1) T. F., 21 janv. 1931, *Journ. des Trib.*, 1932, p. 322 ; T. F., 3 févr. 1932, *Journ. des Trib.*, 1932, p. 361 ; T. F., 3 mai 1934, *Journ. des Trib.*, 1934, p. 495.

(2) POTHIER, t. II, n° 138 s.

promesse. Or, il est évident qu'il peut impunément ne pas l'exécuter lorsque je n'ai aucun intérêt appréciable qu'il fasse ou ne fasse pas ce qu'il a promis : car il ne peut résulter contre lui aucuns dommages-intérêts de l'inexécution de sa promesse, les dommages-intérêts n'étant autre chose que l'estimation de l'intérêt qu'a le créancier à l'exécution de l'obligation. » Par ailleurs, il ajoute qu'« un fait auquel la partie qui le stipule n'a aucun intérêt, ne peut, à la vérité, être l'objet d'une obligation. Mais il peut en être la condition ou la charge » (1).

Ce système, d'après lequel une obligation n'est pas valable si le créancier n'a qu'un intérêt moral, à son exécution, aboutit naturellement au résultat que des dommages-intérêts ne peuvent être accordés en matière contractuelle pour le préjudice moral qu'entraîne l'inexécution d'un tel contrat. Ce système est logique : si une obligation n'existe pas, il ne peut pas être question d'une sanction.

Quelle est la solution du droit moderne ?

Les auteurs sont unanimes pour affirmer qu'en droit suisse la valeur pécuniaire de l'objet d'un contrat n'est pas une condition de sa validité (2). En effet, cette solution peut être dégagée implicitement des articles 19 et 20 C. O. et 27 C. C. qui posent le principe de la liberté contractuelle et précisent les restrictions à ce principe. Tout contrat, que son objet soit un intérêt moral ou pécuniaire, qui ne déroge pas à ces dispositions, est valable. Toutefois, il faut remarquer

(1) Voir t. II, n° 139.

(2) La proposition d'exiger que l'objet du contrat soit appréciable en argent fut repoussée par la première commission concernant le Code des Obligations. Voir HABERSTICH, *Manuel du droit fédéral*, Ed. franç., I, p. 109. OSER, rem. pul., VIII, 4 ad titre premier. BECKER, rem. 22 ad art. 1^{er}. VON TUHR, *Grünhut Zeitschrift*, 25, p. 259, et *op. cit.*, I, p. 229.

que le champ des contrats dont l'objet est un intérêt moral est bien restreint.

L'obligation, à l'exécution de laquelle le créancier n'a qu'un intérêt moral, étant ainsi reconnue valable, son inexécution ou violation pourra-t-elle entraîner une condamnation à des dommages-intérêts au profit du créancier ?

Le Code civil allemand n'exige pas que, dans un contrat, le fait promis ait une valeur pécuniaire pour le créancier, mais, au cas d'inexécution, le créancier ne peut obtenir d'indemnité que s'il peut évaluer en argent le préjudice qui lui est causé par cette inexécution (1).

La solution en droit suisse est la même. Sous l'empire de l'article 116 C.O. Ancien qui disposait : « Les dommages-intérêts dus par le débiteur comprennent, en tout cas, le préjudice qui a pu être prévu au moment du contrat comme une conséquence immédiate de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite de ce contrat.

Il appartient au juge d'évaluer les dommages en tenant comptes des circonstances.

En cas de faute grave, il lui appartient également d'apprécier s'il y a lieu d'accorder de plus amples dommages-intérêts que ceux qui sont déterminés au premier alinéa du présent article », la doctrine (2) et la jurisprudence (3), malgré l'expression de : « plus amples dommages-intérêts », n'admettaient pas l'allocation des dommages-intérêts pour la violation d'un contrat dont la conséquence n'était pas pécuniaire.

(1) SALEILLES, *Essai d'une théorie de l'obligation d'après le projet du code civil allemand*.

(2) ROSSEL, *op. cit.*, ancienne édition, p. 38 et suiv. HAFNER, *Das schweizerische Obligationsrecht*, p. 40, Haberstich, I, p. 110, etc...

(3) Tribunal Fédéral, 16 déc. 1892 ; T. F., 7 oct. 1899.

L'article 99 C.O. Révisé qui a remplacé les articles 113 et 116 de l'ancien C.O. dispose :

« En général, le débiteur répond de toute faute. Cette responsabilité est plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire ; elle s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur.

Les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent, par analogie, aux effets de la faute contractuelle. »

Cette disposition exclut nettement, croyons-nous, l'allocation des dommages-intérêts par le seul fait de l'inexécution d'une obligation à l'exécution de laquelle le créancier n'a qu'un seul intérêt moral. En effet, le deuxième alinéa de l'article 99 C. O. renvoie, d'une part, à la responsabilité morale de l'article 49 et de ses applications, reconnaissant ainsi que le préjudice moral ne peut être réparé qu'en vertu de ces dispositions, et, d'autre part, établit ce qui ne nous intéresse pas ici, une harmonie entre les règles qui régissent l'étendue de la réparation en vertu des articles 41, 49, 97 C. O. Ainsi, notamment, les articles 43, 44 s'appliquent de la même manière en cas de responsabilité morale et en cas de responsabilité civile (délictuelle, contractuelle) (1).

Mais est-ce à dire qu'un contrat dont l'objet est un intérêt moral soit dénué de toute sanction ? Non, en effet, rien ne s'oppose à ce qu'une clause pénale soit adjointe à cette obligation. Si, en effet, l'article 163 al. 3 C.O., dit que : « le juge doit réduire les peines qu'il estime excessives », l'article 161 C.O. précise :

(1) Voir Von TUHR, *op. cit.*, p. 498, 499.

« La peine est encourue même si le créancier n'a éprouvé aucun dommage.

Le créancier, dont le dommage dépasse le montant de la peine, ne peut réclamer une indemnité supérieure, qu'en établissant une faute à la charge du débiteur. »

Ainsi donc, du moment que la peine est encourue, même si le créancier n'a éprouvé aucun dommage, la clause pénale sert à sanctionner une obligation qui ne représente qu'un intérêt moral (1).

La disposition de l'article 161 C. O. peut être comparée à celle de l'article 343 al. 2 du Code civil allemand qui dit : « Dans l'appréciation de la somme convenable, on devra tenir compte de tous les intérêts justifiés du créancier et non pas seulement des intérêts pécuniaires. »

La clause pénale sanctionne non seulement une obligation qui ne présente qu'un intérêt moral mais aussi l'intérêt moral que contient une obligation à l'exécution de laquelle le créancier a un intérêt à la fois pécuniaire et moral. Ainsi donc, la réduction qui serait intervenue si le créancier n'avait eu à l'exécution du contrat qu'un intérêt pécuniaire apprécié d'une manière excessive n'aura pas lieu si le créancier avait, en outre, à cette exécution, un intérêt moral dont il aura fait dans la clause pénale une équitable évaluation. Par ailleurs, comme en droit allemand, « tant qu'il n'est pas certain que la clause pénale est démesurément trop élevée elle subsiste » (2), c'est à-dire que c'est au débiteur qu'incombe la preuve que le montant de la clause pénale est excessif.

(1) Cela se dégage, d'ailleurs, de l'article 163, al. II, qui précise l'étendue de l'efficacité de la clause pénale. Voir *Rec. off.*, 23, II, p. 238, *Rec. off.*, 24, II, p. 126. SCHNEIDER et FICK, *op. cit.*, p. 294, n° 41. VON TUHR, *op. cit.*, p. 670.

(2) PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Livraison III, p. 123.

Par contre, l'article 161 exige expressément que, pour que le créancier puisse se prévaloir de la clause pénale, en cas d'intérêt moral, il faut qu'il établisse une faute à la charge du débiteur. Cette faute peut être, croyons-nous, même très légère. Mais ce renversement de la charge de la preuve ne se justifie point. En effet, comme le remarque fort bien Von Tuhr, « cette règle de preuve est contraire au but de la peine conventionnelle qui doit servir à améliorer la position du créancier et non pas à augmenter pour lui la difficulté d'obtenir une réparation pleine et entière » (1).

Il est important de savoir, d'autre part, si une faute contractuelle peut constituer en même temps un acte illicite ; ainsi, la réparation morale est-elle possible par la violation d'un contrat ? C'est la question à proprement parler du cumul de la responsabilité morale et de la responsabilité contractuelle.

Ainsi que nous l'avons signalé, l'article 99, al. III C. O. prévoit la question en faisant un renvoi notamment à l'article 49 C. O :

(1) CHAUSSE (*Revue critique de la législation et de la jurisprudence*, 1895, p. 440) soutient qu'en droit français, la théorie des dommages-intérêts étant interprétative de la volonté, peu importe qu'il y ait ou non une clause pénale, pour assurer une sanction aux rapports juridiques qui n'ont pas un objet pécuniaire.

S'il y a une clause pénale, le juge l'applique sans aucune modification même si son montant est excessif. « En l'absence, dit-il, de toute clause pénale le législateur invite le juge à apprécier le dommage, comme les parties auraient pu le faire elles-mêmes. Or, on reconnaît que les contractants auraient pu faire suivre leur convention d'une clause pénale et par là sanctionner une convention qui n'aurait aucun intérêt pécuniaire pour le créancier..... » Mais la jurisprudence française n'a pas suivi, en général, cette doctrine.

Cette solution est repoussée nettement par le législateur suisse. On sait, qu'en principe, l'intérêt d'affection n'a pas de sanction en droit suisse. En effet, l'article 49 C. O. ne protège que les intérêts qui représentent les droits de la personnalité. Voir Von TUHR, t. I, p. 99, n° IV et note 25.

« Les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent, par analogie, aux effets de la faute contractuelle. »

Malgré l'imprécision du texte, on admet unanimement que, d'après cette disposition, la réparation morale n'est pas exclue en matière contractuelle (1).

Mais la réparation morale ne s'impose pas par le seul fait

(1) Le message du conseil fédéral du 3 mars 1905, p. 15, chiffre 7, sans être d'une précision décisive à ce sujet, penche cependant pour la même solution. Mais, comme le montre fort bien BECKER (ad. art. 97, C. O., note 13), le texte même du projet du C. O. révisé de 1905, ne laisse subsister aucun doute. L'art. 1121, al. III, du projet est rédigé comme suit : « Les dispositions relatives à la responsabilité dérivant des actes illicites (1058 à 1074) s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle. Or, au nombre des articles auxquels ce texte se réfère (1058 à 1074) se trouve l'article 1063 al. II, dont voici la teneur : « celui qui subit une atteinte dans sa situation personnelle peut, en cas de faute du défendeur, réclamer des dommages-intérêts sans préjudice d'une indemnité à titre de réparation morale lorsqu'elle est justifiée par la nature de l'acte illicite ». Le projet du 1^{er} juin 1909 a conservé le texte de l'article 1121, al. III, en laissant tomber le renvoi aux articles 1058-1074. Mais on ne peut conclure de ce fait qu'on ait voulu changer la portée de ce texte, car l'abandon des renvois à des textes précis a été opéré de façon générale dans le projet de 1909, par application d'un principe d'ailleurs discutable : la technique législative. Ni le message du conseil fédéral de 1909, p. 11, ch. 26, ni les discussions aux chambres ne permettent de dire qu'on ait jamais voulu abandonner le principe dérivant si clairement de l'article 1121, al. III, du projet de 1905. Aussi BECKER admet-il que l'article 49 C. O. peut être invoqué en matière contractuelle. Avant BECKER, d'autres auteurs avaient déjà soutenu la même opinion.

Dans un article paru dans la *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (W. F., Bd 22, c., Chr. BURCKHARDT demandait l'application de l'article 55 C. O. (49 actuel) en matière contractuelle (*op. cit.*, p. 489 à 491). Le même point de vue a été soutenu dans la même revue (W. F., Bd 33, p. 91-93) par Alfred MARTIN et FICK ad article 99, note 41 et OSER ad article 99, note 3, *in fine* sont de même avis, ainsi que von TUHR (*Allg. Teil der Schw. O. R.*, II, § 68 *in fine*, p. 502) : voir l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 novembre 1928.

de la violation du contrat. Le Tribunal fédéral cherche, en outre, s'il y a un acte illicite et si celui-ci donne lieu à une indemnité satisfaisante (1).

Par conséquent, pour se prévaloir de l'article 49 C.O., en matière contractuelle, il faut, comme en matière délictuelle, établir que les conditions de l'application de cette disposition sont réalisées (2). Ainsi donc, en cas de violation du contrat, le créancier peut agir en vertu de l'article 97 C.O. et, en outre, s'il est lésé dans ses intérêts personnels par cette violation du contrat, il peut, en cas de gravité particulière de la faute et du préjudice, réclamer la réparation du tort moral en vertu de l'article 49 C.O. (voir une application légale de cette règle dans l'article 93 C. C.).

De même encore si, en violant le contrat, le débiteur cause la mort du créancier, s'il lui cause une lésion corporelle, sa famille ou lui-même pourront demander la réparation morale en vertu de l'article 47 C.O. Ce dernier cas de cumul est assez fréquent, surtout en matière de responsabilité professionnelle des médecins (3).

(1) T. F., 8 mai 1896, *Journ. des Trib.*, 1896, 18 juin 1910, *Sem. Jud.*, 1910, p. 606 ; 22 févr. 1928, *Sem. Jud.*, 1928, p. 325, etc.....

(2) Trib. féd., 25 octobre 1918 ; *Rec. off.*, 1918, II, 30 oct. 1919, *Rec. off.*, 1919, II ; 16 janv. 1906, *Journ. des Trib.*, 1906, p. 547 ; 23 nov. 1927, *Journ. des Trib.*, 1928, p. 586 ; 20 sept. 1927, *Journ. des Trib.*, 1928, p. 594.

(3) Voir E. THILO, *La responsabilité professionnelle des médecins*.

CHAPITRE III

La réparation morale.

Section I. — GÉNÉRALITÉS.

Nous avons précisé la notion du préjudice moral et son domaine ; nous venons d'analyser les règles régissant la responsabilité encourue en pareil cas ; il nous faut maintenant étudier, dans le présent chapitre, la sanction de cette responsabilité.

La notion de responsabilité entraîne par elle-même l'idée de sanction. Or, la sanction civile idéale consiste à remettre les choses dans leur état antérieur, ou à faire disparaître complètement le dommage causé.

Dans le cas de dommage matériel, la remise en état de la chose endommagée ou, tout au moins, la réparation par équivalent, est toujours possible. En effet, le principe est l'équivalence entre le dommage et la réparation, de sorte que le droit positif se rapproche du droit idéal.

Par contre, en matière de préjudice moral, une réparation en nature ou par équivalent est matériellement impossible (1). La nature même de ces droits s'y opposent. « Le préjudice moral ne saurait être supprimé par une voie de droit » (2). Néanmoins, il est nécessaire de protéger « des droits indispensables à toute existence sociale » (3).

(1) *Rec. off.*, 48, II, p. 19, *Journ. des Trib.*, 1922, p. 230.

(2) VON TUHR, *op. cit.*, t. I, p. 105.

(3) JHERING, *Zweck in Recht*, p. 435. Œuvres choisies. Trad. Meulnaere, t. II, p. 155.

Le moyen de sanction dont on dispose, et qui se traduit généralement par l'allocation, d'une somme d'argent à la personne lésée, est loin d'être idéal.

Toutefois, il faut reconnaître que l'indemnité pécuniaire est efficace et pratique pour plusieurs raisons : si, en effet, l'argent n'a jamais ici le rôle d'équivalent, comme dans le patrimoine, il sert à maintenir, à conserver et même à développer les droits de la personnalité. En outre, il faut ajouter la facilité d'exécution d'une obligation de somme d'argent. Néanmoins, l'indemnité restè un moyen imparfait qui intervient à défaut d'une réparation mieux appropriée. Mais, il est important de le souligner, ce n'est pas l'acte fautif, ni le procédé employé comme sanction qui justifie l'admission de cette dernière, mais l'atteinte portée à un droit primordial et la personnalité de son titulaire, auquel la loi reconnaît une assistance légale. Il est équitable de lui chercher une satisfaction la plus efficace qui soit. Il faut reconnaître seulement que la satisfaction consiste dans la reconnaissance du droit en justice. Par conséquent, la prestation pécuniaire ne remplace pas une perte, mais elle contrebalance, en quelque sorte, une souffrance irréparable.

Les partisans de la théorie de peine privée, qui justifient, avons-nous dit, la réparation du préjudice moral par l'idée de peine qu'on inflige au coupable, admettent que la fixation de l'indemnité doit être faite en tenant compte essentiellement de deux éléments : la gravité de la faute commise et la situation personnelle de son auteur. L'indemnité pécuniaire ne leur paraît juste que quand on la considère par rapport à celui qui est condamné à la payer.

Au contraire, pour les auteurs qui défendent la théorie satisfaisante des dommages-intérêts, il s'agit de procurer à la victime des jouissances égales à ses souffrances, « des

satisfactions équivalentes à ce qu'elle a perdu » (1). Or, pour y arriver d'une façon exacte, le juge prendra en considération surtout, la personnalité de la victime et l'étendue du dommage qu'elle a subi.

En réalité, il s'agit d'arriver à concilier ces deux solutions opposées. En effet, il est question d'un rapport entre deux personnes, non entre deux patrimoines ; pour la constatation de l'injustice, il est nécessaire de prendre en considération, toutes les circonstances dans lesquelles se trouvaient les deux parties, afin d'assurer une satisfaction équitable à la personne lésée, et une charge raisonnable à l'auteur de la faute.

Quand il est question d'un dommage matériel, le principe est que l'étendue de l'indemnité doit être égale à celle du dommage ; c'est là, une base solide, puisque l'on peut connaître et apprécier cette étendue. Il y a des éléments concrets pour y arriver : gain manqué, perte subie.

Il n'en est pas de même pour le dommage moral : nous n'avons aucune base concrète. Le principe, il est vrai, consiste toujours à tenir compte de l'étendue du préjudice que la sanction a pour but d'atténuer ou de contrebalancer. Mais, il ne faut pas se faire d'illusion ; l'étendue du préjudice moral ne se mesure qu'en considérant toutes les circonstances de la cause. Le juge devra en tenir compte pour assurer à la victime l'assistance légale à laquelle elle a droit. Cela est d'autant plus vrai qu'en matière de préjudice moral, la gravité de la faute est en relation avec la gravité du préjudice ; plus grave est celui-ci, plus grave est, généralement, la faute. C'est ce qu'affirme, d'ailleurs, constamment, le Tribunal Fédéral (2).

(1) MAZEAUD. *Traité de resp.*, t. I, n° 313.

(2) T. F., 12 septembre 1917, *Journ. des Trib.*, 1917, p. 109 et

Néanmoins, pour la fixation de l'indemnité, les mêmes dispositions régissent la matière des dommages et intérêts et celle de la satisfaction morale.

L'article 43 du C. O. dispose :

« Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute.

Des dommages-intérêts ne peuvent être alloués sous forme de rente que si le débiteur est en même temps astreint à fournir des sûretés ».

L'article 44 C. O. dispose :

« Le juge peut réduire les dommages-intérêts ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur.

Lorsque le préjudice n'a été causé ni intentionnellement, ni par l'effet d'une grave négligence ou imprudence et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts. »

Nous allons étudier l'application de ces dispositions générales au cas spécial de la réparation du préjudice moral, objet de notre étude :

La loi reconnaît au juge le droit de fixer le genre de réparation qui lui paraît le plus opportun (1). Art. 43, 49 C. O. En fait, l'indemnité pécuniaire constitue la forme la plus habituelle ; les autres modes de réparation n'ayant qu'une valeur accessoire ou subsidiaire :

136 ; T. F., 6 novembre, 1934 *Journ. des Trib.*, 1935, p. 290, *Rec. off.*, 42, II, p. 595.

(1) Voir sur ce point : A. CÉSÉROLE, *op. cit.*, p. 143.

Section II. — LA RÉPARATION PÉCUNIAIRE DU PRÉJUDICE MORAL.

L'évolution du droit nous indique trois systèmes pour déterminer l'indemnité pécuniaire :

a) Le système de tarification légale. C'est le système consacré à Rome par la loi, des XII Tables et par certaines lois barbares. Il répond à une technique peu avancée. (1)

b) Les systèmes des multiples et des minima où le juge est lié par certaines règles. Il a reçu application à Rome, notamment, dans les peines privées prétoriennes. On en trouve encore des traces dans plusieurs droits modernes.

c) Le juge est souverain : Règle générale en droit moderne qui est consacrée par l'article 43 du C. O.

Le juge statue en toute liberté tant au sujet de l'importance de la somme, que des autres questions (2).

L'art. 43 nous dit que le juge statue « d'après les circonstances », circonstances que nous nous proposons d'analyser dans deux paragraphes :

§ I — *Considérations relatives à la personne de la victime.*

Il faut admettre le principe suivant : Le préjudice moral est évalué par rapport à la victime, puisque le but de la sanction est de lui venir en aide. Pour arriver à lui donner cette assistance légale d'une façon équitable, on devra tenir compte de toutes les circonstances de la cause, ceci en vue de contrebalancer équitablement le dommage qu'elle a subi.

(1) L'anecdote racontée par Aulu-Gelle illustre cette technique : Veratius, suivi d'un esclave, se donnait le plaisir de souffleter tous les passants qu'il rencontrait et leur faisait compter sur le champ 25 as, seule pénalité encourus par lui de ce fait.

(2) SCHNEIDER et FICK, *op. cit.*, p. 131, n° 44.

a) La faute de la victime :

La faute de la victime intervient soit en raison de sa causalité, soit en raison de sa gravité. Tout d'abord, elle peut être tellement importante, qu'elle constitue à elle seule la cause du dommage, tandis que la faute de l'auteur du dommage demeure relative et indirecte.

Comme le remarque justement M^{lle}. L. Ripert, ce n'est pas la gravité de la faute qui entre ici en jeu, mais le lien de causalité (1) ; et dans ce cas, l'auteur présumé du dommage ne pourra être rendu responsable de celui-ci.

Mais, le plus souvent, il y a à la fois, faute de la victime, et faute de l'auteur du dommage, celles-ci peuvent être différentes dans leur degré de gravité, mais elles ont ceci de commun ; d'être deux éléments responsables du dommage.

En pareil cas, ainsi que nous l'avons déjà signalé, la jurisprudence, en matière de dommage matériel, fait un partage de responsabilité entre les parties, suivant une proportion qu'elle établit en considérant le degré de gravité, de leur faute respective. Mais elle est plus rigoureuse pour le dommage moral et n'admet un partage de responsabilité, que dans les cas où la faute de la victime n'est pas initiale ou prépondérante (2).

b) La réceptivité de la victime :

Il va de soi tout d'abord que si la victime aggrave par son fait le préjudice qui lui a été causé, le juge doit en tenir compte dans l'allocation de l'indemnité satisfactorie. (art. 44 C. O).

(1) L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Paris, 1933, p. 112.

(2) T. F., 21 septembre 1906, *Rec. off.*, 1906, II ; T. F., 21 juin 1913, *Rec. off.*, 39, II, p. 283 ; T. F., 18 janvier 1928, *Journ. des Trib.*, 1928, p. 103, *Sem. Jud.*, 1928, p. 149 ; T. F., 12 déc. 1929, *Journ. des Trib.*, 1929, p. 337.

L'étendue du préjudice moral est différente pour chaque personne. Le juge dans la mesure du possible doit prendre en considération les amertumes, les souffrances que la victime a dû endurer (1). Mais il ne faut pas oublier que s'il est des cas où l'intensité de la douleur est attestée par la dépression nerveuse et autres conséquences, l'appréciation subjective du préjudice souvent échappe à tout contrôle. D'où, notons la tendance générale de la jurisprudence à fixer une « réceptivité commune » (2).

Cette pratique ne doit pas être exagérée, car elle peut aboutir à un système en quelque sorte analogue à celui des multiples et des minima de l'époque prétorienne romaine.

Par ailleurs, certains auteurs (3) pensent que la réceptivité personnelle est non seulement un élément dans l'appréciation du montant de l'indemnité, mais une condition indispensable pour admettre la réparation morale ; ils refusent ainsi la réparation aux enfants en bas âge et aux fous. Pour nous l'existence objective d'un dommage suffit en principe pour admettre la réparation morale. La base de l'action en satisfaction morale n'est pas simplement subjective mais aussi objective. D'ailleurs, si, aux termes de l'article 31 C. C., les droits de la personnalité commencent à la naissance, il serait illogique de leur refuser toute protection dès ce moment. D'autre part, le juge devra prendre en considération la réceptivité personnelle, non seulement lorsque l'acte illicite a été commis, mais encore pour le futur. En effet,

(1) T. F., 5 déc. 1922, *Journ. des Trib.*, 1923, p. 262 ; T. F., 12 avril 1912, *Journ. des Trib.*, 1913, p. 2 ; T. F., 4 octobre 1928, *Journ. des Trib.*, 1929, p. 102, etc.

(2) G. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété*, p. 425.

(3) DEMOGUE, *Ob. t. IV*, n° 405. PERITCH, *op. cit.*, p. 487. GIVORD, *op. cit.*, p. 232.

l'enfant parvenu à l'âge de raison pourra éprouver des souffrances que causent ces atteintes.

c) Situation familiale, sociale, financière de la victime :

Dans la détermination de l'indemnité équitable, au cas de mort d'un parent, la jurisprudence tient compte de la situation familiale, du degré de parenté et de l'intensité du respect et d'affection. (1) De même, elle prend en considération la situation de la victime et le rang qu'elle occupe dans la société ; il est naturel, en effet, que les conséquences du préjudice varient suivant la condition de l'ayant droit. Dans le même ordre d'idée, la jurisprudence, bien qu'elle ne le mentionne pas, souvent, tient compte de la fortune de la victime, qui doit être considérée comme un élément important de sa situation sociale.

Cependant, on a prétendu qu'« à des souffrances identiques correspondront des satisfactions très diverses suivant la diversité de fortune des victimes, créant une diversité des besoins et des habitudes » (2). Cette solution, croyons-nous, est trop exagérée.

L'idée de satisfaction ne vient pas directement de la somme d'argent allouée, mais de la reconnaissance du droit d'une façon efficace.

§ II. — *Considérations relatives à l'auteur de la faute.*

Ces considérations sont plutôt secondaires, mais elles interviennent nécessairement pour assurer une équitable satisfaction à la victime.

Envisageons tout d'abord :

(1) T. F., 3 mai 1906, *Rec. off.*, 1906, p. 217 ; T. F., 21 décembre 1907, *Journ. des Trib.*, 1907, p. 451. T. F., 18 janvier 1928, *Rec. off.*, 1929, p. 9.

(2) GIVORD, *op. cit.*, p. 231.

a) La faute de l'auteur du préjudice :

Jhering remarquait qu'il existe un rapport entre la culpabilité et la réparation (1). Dans l'état actuel des choses, pareille conception peut être facilement combattue en matière de dommage matériel : en effet, les présomptions de faute sont de plus en plus nombreuses dans les législations, et la théorie du risque prend une grande extension à notre époque.

Néanmoins, il faut reconnaître l'importance certaine de la gravité de la faute, qui sert à déterminer plus aisément la causalité du dommage (2).

C'est ainsi que l'auteur d'un acte intentionnel devient l'unique responsable du dommage, qu'il a provoqué.

D'autre part il peut arriver qu'à une faute infime corresponde un dommage important.

Quand au dommage moral, comme nous l'avons déjà remarqué, la règle est que l'étendue du préjudice est en relation étroite avec la gravité de la faute.

Toutes ces considérations ont dicté la disposition de l'article 43 C. O. suivant laquelle le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation d'après les circonstances et la *gravité de la faute*.

Cette disposition a été l'objet de vives critiques. On l'a combattue en affirmant qu'elle introduisait dans le domaine de la réparation un élément pénal qui devait rester étranger à la question. Certains auteurs éminents l'approuvaient. Burckhardt, notamment répondait de la manière suivante aux critiques : « Au contraire la disposition de l'article 51

(1) JHERING, *De la Faute*, trad. Meulnaeire, II, p. 61.

(2) TEISSEIRE, *Le Fondement de la Responsabilité*, Aix, 1901, p. 172 ; L. RIPERT, *op. cit.*, 100.

C. O. (43 C. O. Révisé) recueillait toujours davantage l'approbation des auteurs (Hartmann, Rümelin, Baron, Degenkolb, V. Liszt) qui prônent notre loi, parce qu'elle fait fi de la froide théorie qui s'élève contre toute gradation de l'indemnité sous prétexte que c'est un mélange de la peine et de la réparation. S'il apparaît au premier coup d'œil, dur pour le lésé de supporter une partie de dommage, c'est encore bien plus dur pour l'auteur du dommage, s'il a commis une petite faute, de l'expier, peut-être avec toute sa fortune.

Au point de vue du lésé déterminer la réparation en prenant la faute en considération, se justifie psychologiquement, un dommage causé par un manquement léger sera ressenti plus faiblement qu'un dommage suite d'un vol ou d'une faute lourde. Au point de vue pédagogique et comme moyen de lutter contre l'injustice, il est juste de prendre en considération le degré de la faute ; autant la peine et la réparation du dommage sont deux choses distinctes, autant il serait faux dans la pratique, de pousser à l'extrême cette différence » (1).

On peut penser qu'en matière de dommage matériel, il est plus simple, préférable même, d'exclure, dans l'évaluation de l'indemnité, la gravité de la faute de celui qui a commis le dommage, et d'en exiger la réparation intégrale.

Par contre, on peut soutenir que cette solution est moins équitable. En matière de dommage moral, la disposition de l'article 43 C. O. répond mieux à la nature des choses, puisqu'il s'agit d'un équilibre moral, d'un rapport subjectif entre personnes, il est normal que les circonstances concernant les intéressés entrent en jeu. « Justement dans les

(1) BURCKHARDT, *op. cit.*, p. 497.

cas de cette dernière catégorie où il s'agit de réparation d'un dommage qui n'est pas directement estimable en argent, ce principe est absolument justifié » (1).

Dans ces conditions, nous croyons que pour le cas du dommage matériel, le principe est la réparation intégrale, comme Vogt l'affirme : « Toute personne lésée doit obtenir pleine réparation d'un dommage causé par une faute. » Et ainsi l'article 43 doit être interprété comme étant applicable aux cas où le dommage matériel a été provoqué non seulement par la faute du défenseur, mais encore par d'autres causes. En effet, si la faute du défenseur est légère, il est équitable que le juge ne lui fasse pas supporter entièrement la réparation du dommage (2).

La jurisprudence d'ailleurs applique cette disposition d'une façon raisonnable. Guhl (3) l'affirme dans ces termes : « D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, la quotité maxima des dommages-intérêts est égale au montant du dommage prouvé par les parties ou évalué par le juge. Même en cas de faute la plus grave on n'accordera pas une indemnité d'une quotité supérieure à ce montant. L'action de la faute tend bien à une réduction de l'indemnité. »

Donc, on peut dire que le degré de la faute n'est pris en considération qu'en faveur de l'auteur du dommage (4) en vue de diminuer sa responsabilité s'il y a lieu :

b) La jurisprudence tient compte encore d'autres circonstances. En effet la situation sociale de l'auteur de la faute joue un rôle important. L'exemple de M. Givord est assez

(1) T. F., 13 sept. 1889, cité par M. Achard, *op. cit.*, p. 140.

(2) Voir Rossel dans un sens plus large, *op. cit.*, t. III, p. 76.

(3) GUHL, *Untersuchungen Zum Artikel 51 O. R.*, Berne, 1904.

(4) T. F., 13 juillet 1906, *Rec. off.*, 32, II, p. 459.

caractéristique pour être cité ici : « Personne ne songe à demander réparation des injures qu'un chauffeur mécontent, lui a adressées à un carrefour ; les mêmes injures proférées par une personne d'un rang social élevé peuvent être constitutives du plus grave dommage moral (1). » Dans le même ordre d'idées la jurisprudence tient compte de la situation financière de l'auteur de la faute, afin de fixer une équitable indemnité (2). Elle considère également la condamnation pénale de l'auteur du dommage comme constituant déjà une satisfaction pour la personne lésée (3).

Avant de terminer la question de la réparation pécuniaire du préjudice moral, faisons quelques remarques d'ordre général.

La réparation pécuniaire du préjudice moral est une question de droit, soumise au contrôle du Tribunal fédéral, contrôle qui se trouve par la force même des choses limité ; le Tribunal fédéral a d'ailleurs précisé sa position dans un arrêt du 12 avril 1912 (4) où il s'exprime en ces termes : « D'ailleurs, la justification mathématique de l'indemnité allouée en vertu de l'article 55 C. O. (49 C. O. Révisé) étant exclue par la nature même des choses, le pouvoir de contrôle du Tribunal fédéral est forcément limité, et à moins de raisons spéciales, qui font défaut en l'espèce, il ne saurait modifier l'évaluation des juges de l'instance cantonale, qui connaissent naturellement mieux les parties, et qui sont donc mieux placés pour apprécier toutes les circonstances de la cause. » Comme exemples de raisons spéciales pour

(1) GIVORD, *op. cit.*, p. 237.

(2) T. F., 5 déc. 1922, *Jour. des Trib.*, 1923, p. 262 ; T. F., 17 nov. 1931, *Jour. des Trib.*, 1932, p. 400.

(3) T. F., 9 nov. 1912, *Jour. des Trib.*, 1912, p. 212.

(4) T. F., 12 avril 1912, *Jour. des Trib.*, 1913, p. 2.

lesquelles le Tribunal fédéral modifie l'évaluation des juges de l'instance cantonale, on peut citer : le cas où l'instance cantonale ne tient pas compte suffisamment de la gravité des circonstances (1), le cas où elle admet une faute concurrente alors que le Tribunal fédéral la rejette, etc...

Mais dans l'estimation de l'indemnité, le juge est-il tenu par les prétentions des parties ? La réponse nous est donnée par l'art. 4 du C. P. civil : « Il n'est pas permis d'accorder aux parties plus ou autre chose que ce qu'elles ont demandé. » Mais s'il y a cumul des responsabilités civile et morale, le Tribunal fédéral admet alors le demandeur à poursuivre une double réparation, par le moyen d'une seule et unique indemnité. Le Tribunal fédéral se reconnaît le pouvoir de modifier l'indemnité, pourvu que le total des sommes allouées ne dépasse pas le montant dont se contente l'intimé. Mais si celui-ci distingue entre les deux réparations et formule deux demandes, le juge, et par conséquent le Tribunal fédéral sont tenus, en vertu dudit article, de rester dans les limites fixées (2).

Il est intéressant de le signaler, suivant une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral tend à ne pas modifier la décision cantonale quant au montant de l'indemnité, si le défendeur s'incline devant la décision des premiers juges et en cas d'absence de recours du demandeur (3).

Par ailleurs le Tribunal fédéral décide que l'indemnité satisfaisante ne peut être qu'un capital.

(1) T. F., 15 sept. 1931, *Jour. des Trib.*, 1932, p. 345.

(2) T. F., 9 fév. 1906, *Jour. des Trib.*, 1906 ; T. F., 10 oct. 1937, *Rec. off.*, 63, II, p. 339.

(3) T. F., 29 sept. 1917, *Jour. des Trib.*, 1918, p. 109 ; T. F., 4 déc. 1935, *Jour. des Trib.*, 1936, p. 148 ; T. F., 27 janv. 1931, *Rec. off.*, 57, II, p. 53.

Enfin il faut se rappeler que la jurisprudence fédérale ne conçoit pas que l'indemnité satisfactoire aboutisse à un enrichissement du lésé (1).

Section III. — AUTRES MODES DE RÉPARATION.

L'article 49 C. O. al. II dispose :

« Le juge peut substituer ou ajouter à l'allocation de cette indemnité un autre mode de réparation. »

Les autres modes de réparation n'ont pas généralement une importance considérable en pratique. Mais parfois, un moyen de réparation autre que l'allocation d'une indemnité répond mieux à la situation. Dans tous les cas pour substituer ou ajouter un autre mode de réparation à l'indemnité, il faut quoique l'article ne le dise pas expressément, les mêmes conditions que celles exigées pour la réparation pécuniaire. C'est en ce sens que la jurisprudence interprète l'article 49 C. O., al. II (2).

La forme la plus habituelle de ces modes de réparation consiste dans la publication de la décision du tribunal, qui

(1) T. F., 30 octobre 1919, *Rec. off.*, 1919, II, p. 50.

(2) T. F., 16 février 1922, *Jour. des Trib.*, 1922, p. 231 : « L'article 49 C. O. accorde à la vérité en principe l'action endommages-intérêts lorsqu'il y a faute, mais n'admet l'action en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale ou en vue d'un autre mode de réparation (art. 49 C. O. al. II, quasi la faute et l'atteinte sont d'une gravité particulière. L'art. 49, al. 2, ne le dit pas, il est vrai expressément, pour la réparation qui ne consiste pas dans l'allocation d'argent, mais du moment que la réparation morale est subordonnée à ces conditions d'après al. I, qui prévoit le paiement d'une somme d'argent il n'était pas nécessaire de le répéter pour les autres modes de réparation. » Voir également T. F. 12 sept. 1935, *Jour. des Trib.*, 1936, p. 61.

constate le caractère illicite de l'attaque dirigée contre la personne lésée (1).

D'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la publication n'est pas seulement une simple mesure de satisfaction, celle-ci peut être aussi un mode de réparation du dommage, et empêcher de nouvelles atteintes aux droits du titulaire (2).

La publication ordonnée, mesure civile prise en application du C. O., doit être distinguée des publications ordonnées en vertu de la législation pénale.

Parmi ces modes de réparation on peut concevoir les procédés de l'apposition du nom de l'auteur sur son œuvre, de rayure de son nom d'une œuvre dénaturée, de remise en état, de suppression des œuvres, d'interdiction d'usages, etc... (3).

Il y a lieu de remarquer, toutefois, que le Tribunal fédéral ne paraît pas admettre toute sorte de modes de réparations réclamés par le demandeur. Voici, en effet, ce que dit le Tribunal dans son arrêt du 16 janvier 1919 (4) : « On peut également laisser ouverte la question discutable de savoir si au nombre des autres modes de réparations dans le sens de l'art. 49, al. 2, il est possible de ranger la condamnation à une rétraction ou à une satisfaction d'honneur telles que les réclame le second chef de la demande.

Cette question est douteuse, tant au point de vue des

(1) T. F., 9 nov. 1912, *Journ. des Trib.*, 1912, p. 212 ; T. F., 31 mai 1932, *Journ. des Trib.*, 1932, p. 550.

(2) T. F., 12 sept. 1935, *Jour. des Trib.*, 1936, p. 61.

(3) T. F., 30 mars 1896, *Journ. des Trib.*, 1896, p. 497 ; Cour de jus. civ., 5 janv. 1919, *Sem. Jud.*, 1920, p. 119 ; T. F., 16 janv. 1919, *Jour. des Trib.*, 1920, p. 9.

(4) *Jour. des Trib.*, 1920, p. 9.

principes (cf. Egger, ad art. 28 CCS p. 120, litt. 6) qu'à celui de l'exécution de cette condamnation.»

La pratique des tribunaux français de condamner l'auteur d'une lésion morale à un franc de dommages-intérêts n'a pas une large application dans la jurisprudence suisse.

Dans la pratique française, d'une façon générale, l'allocation de un franc de dommages-intérêts est prononcée à la demande du lésé et il est rare que le juge prononce de lui-même une telle condamnation.

En droit suisse, le juge pourrait en vertu de l'art. 49 C. O. plus librement prononcer cette condamnation. Il serait souhaitable que cette condamnation ait une large application, surtout dans les cas où il répugne d'allouer une somme élevée et où les autres modes de réparation ne peuvent remplir le même office. Dans ces cas, en effet, il suffit de faire établir par le jugement l'illégalité de l'atteinte subie par une personne.

La jurisprudence, pour condamner à un franc de « dommages-intérêts » à titre de satisfaction morale, exige que les conditions de l'art. 49 C. O. (gravité particulière du préjudice et de la faute) soit remplies (T. F. 16 janv. 1919, *Jour. des Trib.*, 1920, p. 9; 21 oct. 1916; *Jour. des Trib.*, 1917, p. 136).

On doit remarquer, en outre, qu'une simple condamnation aux dépens est parfois prononcée comme une réparation morale symbolique. Cette réparation est plus rare encore que la précédente. D'ailleurs, les conditions de l'action en satisfaction morale répugnent à une application large de ce mode de réparation.

CONCLUSION

Nous venons d'envisager, au cours de cette étude, les diverses questions relatives à la réparation du préjudice moral. Elles se distinguent de celles posées à l'occasion du dommage matériel. En effet, la réparation du préjudice moral présente des traits caractéristiques qui lui donnent une physionomie à part.

La théorie de la satisfaction morale, en droit suisse, est en pleine évolution, ses aspects et ses caractères se fixent lentement. Certaines contradictions subsistent encore, mais elles n'ont à la vérité qu'une importance minime et sont sur le point de disparaître.

La jurisprudence fédérale n'a donné aucune synthèse doctrinale de l'ensemble du système qu'elle a suivi ; elle s'est détachée des théories proposées pour expliquer le fondement de la réparation du préjudice moral, théorie satisfaisante des dommages-intérêts, théorie de peine privée, que nous avons rejetées dans leur ensemble. Elle s'est laissée guider, avant tout, par les nécessités pratiques et exigences de l'équité.

D'ailleurs en étudiant cette jurisprudence, nous ne nous dissimulons pas les difficultés nombreuses que nous aurions à surmonter : marquer une évolution importante du

droit, sans chercher à devancer les solutions qui pourraient par la suite intervenir, c'était tout ce que nous nous étions proposé comme but.

Le système suisse, ainsi défini, s'oppose au système français qui lui a servi de modèle. Le système français, édifié de toutes pièces par la jurisprudence, présente tous les défauts d'une matière de législation d'emprunt : incohérences, imprécisions, imperfections (1). Alors que le système suisse basé sur des dispositions spéciales se présente comme une institution simple et évoluée.

Il faut reconnaître toutefois, que si l'application de la disposition générale de l'article 1382 a engendré ces défauts, la souplesse de cette disposition a permis à la jurisprudence d'assurer facilement la réparation du préjudice moral embrassant de multiples domaines, de sorte qu'en dernière analyse on s'aperçoit qu'entre les deux systèmes la différence est plutôt d'ordre technique que pratique.

Mais la différence ainsi réduite n'est pas sans intérêt. En effet il importe de le souligner, grâce à son attitude, le droit suisse a pu résoudre les plus grandes difficultés posées par la réparation du préjudice moral : il a su tout d'abord limiter juridiquement les intérêts que la loi devait défendre, en posant le principe suivant : seuls les droits doivent être protégés, à l'exclusion de tout autre intérêt. Tout n'est pas encore dit sur cette question, mais la règle est nettement posée.

D'autre part et surtout, il a tenu compte de la nature particulière de la notion du préjudice moral. En effet, le droit suisse assure le respect de la personne et la protection de

(1) Voir PERREAU, *op. cit.*, p. 501 ; GANOT, *op. cit.*, p. 204 ; GIVORD, *op. cit.*, p. 277.

ses biens sans jamais les confondre. Ce qui a d'ailleurs permis à la pratique son évolution normale et bienfaisante.

Le système ainsi édifié par la jurisprudence fédérale, dont les bases existaient déjà, avons-nous vu dans la loi, peut être considéré comme juridique et équitable à la fois.

Vu : *Le président du jury de thèse.*

A. ROUAST.

Vu : *Le Doyen.*

G. RIPERT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,

Le Recteur de l'Académie de Paris.

G. ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

- ACHARD (Martin), *De la réparation pécuniaire du tort moral*, Genève, 1908.
- AUBY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e édition, vol. VI.
- AZARD, *De la diffamation envers les morts et de la critique historique*, thèse Paris, 1902.
- BALESTON, *De la protection de l'intérêt moral*, thèse Paris, 1906.
- BAUDRY LACANTINERIE et BARDE, *Traité des Obligations*, 2^e édition.
- BEASSUIRE, *Principes de droit*.
- BEDDEL, *Traité de l'adultère*.
- BEUDANT, *Cours de droit civil français*, Paris, 1896, t. V bis, t. VIII, t. X.
- BLONAY (de), *Annales de Jurisprudence*, Lausanne.
- BOISTEL, *Philosophie du droit*, Paris, 1899.
- BRUSTLEIN, *Zeitschrift für schweizerische Recht*, vol. V, Bâle, 1886.
- BURCKHARDT, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 44, p. 483.
- CAPITANT, *Transformation du droit civil depuis cinquante ans*.
- CÉSÉROLE, *Le dommage et sa réparation en matière extra-contrattuale*, Lausanne, 1909.
- CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de l'écriture, de la parole et de la presse*, Paris, 1851.
- CHAUSSÉ, De l'intérêt d'affection, *Revue critique* 1895, p. 437.
- CHAUSSON, *De l'obligation de réparer le dommage dont on est l'auteur*. Thèse Lausanne, 1892.
- COLIN, *Des promesses de mariage*.
- COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaires de droit civil français*, 8^e édition.
- CURTI-FORRER, *Commentaire du code civil suisse*, Trad. Max. E. Porret, Neuchâtel, 1912.
- DAEPPEN REYMOND, *Le code fédéral des Obligations* (art. 1 à 551).
- DALLOZ, *Répertoire* (supplément) Responsabilité.
- DEGENKOLB, *Die spezifische Inhalt des Schadenersatz Archiv für Zivilistische Praxis*, vol. V.
- DEMOGUE, *De la réparation civile des délits*; *Traité des Obligations*, t. IV.
- DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. VIII, t. XXIV, t. XXXI.

- DORVILLE, *De l'intérêt moral dans les obligations*, thèse Paris, 1901.
- DUBOIS, *Pretium doloris*, Thèse Lyon, 1935.
- EGGER, *Commentaire du code civil suisse*.
- ESCARRA et RAULT, *La doctrine française du droit d'auteur*.
- ESMEIN, *Revue critique*, 1827, p. 513.
- FONTAINE ROBERT, *Le dommage moral et sa réparation pécuniaire au point de vue du droit civil français*. Thèse Paris, 1907.
- GANOT, *La réparation du préjudice moral*. Thèse Paris, 1924.
- GENY (F.) *La protection juridique de la femme contre la séduction*.
- GIRARD, *Manuel élémentaire du droit romain*, 8^e édition.
- GIRAUD, *Promesses de mariage*.
- GIVORD, *La réparation du préjudice moral*, Paris, 1938.
- GMUR (Max), *Uebereinstimmung der Begriffe un Civil und Strafrecht. Verhandlungen des schweiz Juristensereins*, Bâle, 1903.
- GORGUETTES d'ARGOEUVES, *Du droit moral de l'auteur*. Thèse Lille, 1924.
- GRASSERIE (R. de la), *Participation de la personne lésée à l'action publique*, *Revue critique*, 1896-1897.
- GRIVET, *Revue judiciaire suisse*, 1887.
- GUHL, *Unter suchung zur Artikel 51, O. R.*, Berne, 1904.
- HABERSTICH, *Manuel du droit fédéral des Obligations*.
- HAFNER, *Das schweizerische Obligations recht*.
- HALLER (Margueritte), *Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit de réparation*, Thèse Paris, 1926.
- HINDENBOURG, *La théorie des dommages-intérêts*, *Revue critique*, 1901, p. 26.
- HUGUENY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*. Thèse Dijon, 1904 ; *Revue critique*, 1906, p. 416.
- JHERING, *La lutte pour le droit*. Traduction Meulnaere.
- *De la faute en droit privé*. Traduction Meulnaere.
- *L'esprit du droit romain*. Traduction Meulanere.
- *L'évolution du droit*. Traduction Meulnaere.
- *Œuvres choisies*. Traduction Meulnaere.
- LABORDE, *Examen doctrinal*, *Revue critique*, 1894, p. 23.
- LAROMBIÈRE, *Traité théorique et pratique des Obligations*, édition 1885, vol. VII.
- LAURENT, *Principes du droit civil français* vol. XX.
- LISZT (von), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*.
- MALLON (P. de), *L'intérêt moral dans les Obligations légales*. Thèse Caen, 1914.
- MANGIN, *De l'action publique et de l'action civile*, t. I.
- MANTELET, *De la réparation du préjudice moral*. Thèse Paris, 1907.
- MARTIN (Alfred), *Etude des lois fédérales sur la responsabilité civile*. — *Zeitschrift fur schweizerisches Recht*, vol. VIII, Bâle, 1889.
- MASSIGLI, *Revue critique*, 1894, p. 142.

- MASSIN, *De l'exécution forcée des obligations de faire et de ne pas faire*. Thèse Paris, 1893.
- MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e édition.
- MEYNIAL, *Revue pratique*, 1884, p. 438.
- MUTEAU, *De la responsabilité civile*.
- MUYDEN (Van), *Bulletin de la Société suisse des juristes*, 1886.
- NICOLESCO, *Dommage moral, résultant de l'inexécution d'un contrat*. Thèse Paris, 1914.
- ORTOLAN, *Instituts de Justinien*.
- OSER, *Commentaire du Code fédéral des Obligations*.
- PACCAUD (A.), *Du régime de la presse en Europe et aux Etats-Unis*, Lausanne, 1887.
- PERITCH, *De l'épicurisme dans le droit privé*, *Revue critique*, 1908, p. 478.
- PERREAU (E. H.), *Des droits de la personnalité*, *Revue trimestrielle*, 1909, p. 501.
- PICARD (Edmond), *Le droit pur*, Paris, 1899.
- PLANIOI et RIPERT, *Traité pratique du droit civil français*, t. VI, Obligations par Esmein.
- POTHIER, *Traité des Obligations*.
- PRÉLAZ, *De la répartition du tort moral*, Lausanne, 1893 (*Revue judiciaire*, 1893).
- RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations*, 3^e édit.
- RIPERT (L.), *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*. Thèse Paris, 1933.
- ROSSEL et MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*, édition, 1924.
- SALEILLES, *Théorie de l'obligation dans le projet de Code civil allemand*.
- SANDOZ, *De la protection du point d'honneur*. Thèse Paris, 1897.
- SAVIGNY, *Traité du droit romain*. Traduction Guenonx. Paris, 1890.
- SCHNEIDER et FICK, *Commentaire du code fédéral des Obligations*. Trad. Max. E. Porret, Neuchâtel, 1915.
- SENG, *Vergütung des nicht vermögen rechtlichen Schadens*, *Archiv für bürgerliches Recht*, vol. V.
- SOURDAT, *Traité général de la responsabilité ou de l'action endommages-intérêts en dehors des contrats*, 6^e édition.
- STEINHARD (G.), *Les conséquences civiles de la séduction*.
- STOOS, *Bulletin de la société suisse des juristes* 1886.
- *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, vol. V, Bâle, 1886.
- TABOURIECH, *De la responsabilité délictuelle et contractuelle en droit romain*. Thèse Paris, 1889.
- THILO, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 15 avril 1928. Heft 20, p. 309.
- *Responsabilité professionnelle des Médecins*.
- TOURNIER, *De la condamnation pécuniaire aux dommages-intérêts*,

- considérée comme moyen de contrainte et comme peine.* Thèse Montpellier, 1896,
- TREBUTIEN, *Droit criminel*, t. II, Paris, 1878.
- TRIBES, *Fondement et caractère de la réparation du préjudice moral.* Thèse Montpellier.
- TUHR (von), *Partie générale du Code fédéral des Obligations*, 2^e édition.
- VELICIU (M.), *De la réparation pécuniaire du préjudice moral*, Paris, 1922.
- VICAT, *Traité du droit naturel*, Lausanne, 1777.
- WINSCHIED-KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I et II, 8^e édition, 1900.
- WORMS, *Les atteintes à l'honneur.*
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
-------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

La position et solution théoriques de la question de la réparation du préjudice moral.

CHAPITRE I ^{er} . — La doctrine sur le principe de la réparation du préjudice moral.....	9
SECTION I. — Systèmes négatifs de la réparation pécuniaire du préjudice moral	9
1. Objection fondée sur l'idée que les droits de la personnalité doivent être exclus du ressort du droit privé et ainsi leur protection civile ne saurait se poser. Critique	9
2. Objection fondée sur l'opinion que certaines règles essentielles de la théorie des dommages-intérêts ne peuvent s'appliquer en matière du dommage moral et, sur la difficulté de l'estimation pécuniaire du préjudice moral. Critiques....	11
3. Objection basée sur des arguments d'ordre moral. Critique	15
SECTION II. — Systèmes restrictifs de la réparation pécuniaire du préjudice moral.....	16
1. Le préjudice moral ne peut être pécuniairement réparé que s'il en est résulté par voie de conséquence un dommage économique. Critique.....	17
2. Le préjudice moral ne peut être pécuniairement réparé que s'il a été causé par un délit criminel. Critique	19
3. Autres restrictions arbitraires à la réparation du préjudice moral. Critique	20
SECTION III. — Système affirmatif de la réparation pécuniaire du préjudice moral. L'admission de ce principe	23

CHAPITRE II. — Le Fondement de la réparation morale...	26
SECTION I. — Théorie satisfaisante des dommages-intérêts. Critique.....	26
SECTION II. — Théorie fondant la réparation morale sur l'idée de peine privée. Critique.....	31
CHAPITRE III. — Les caractéristiques du droit suisse dans l'ordre théorique	37

DEUXIÈME PARTIE

La réparation du préjudice moral dans le droit positif suisse.

CHAPITRE I. — Le domaine de la Responsabilité morale...	49
SECTION I. — Principes généraux	49
SECTION II. — Examen de la jurisprudence.....	59
Sous-section I. — Préjudice moral résultant de l'atteinte aux droits de l'individu comme tel.....	59
§ I. Atteintes à l'individualité intime et distincte.	60
a) atteintes au droit au nom.....	60
b) atteintes à l'être intime.....	61
c) atteintes au droit au secret de confidences nécessaires	63
d) atteintes à la vie privée.....	63
§ II. Atteintes à l'existence physique.....	64
§ III. Atteintes à l'existence intellectuelle.....	65
§ IV. Atteintes à l'existence morale.....	67
a) plaintes injustifiées.....	68
b) faux renseignements	68
c) injures par la voie de la presse.....	69
d) atteintes à l'honneur en faisant courir de faux bruits.....	71
e) autres injures et calomnies.....	72
Sous-section II. — Préjudice moral résultant d'atteintes aux droits de l'individu comme membre de la famille.....	74
a) atteinte aux droits d'un parent vivant.....	75
b) atteinte à la vie d'un parent.....	76
c) atteinte à la mémoire des morts.....	76
Sous-section III. — Préjudice moral résultant d'atteintes aux droits de l'individu comme membre de la société.....	77

CHAPITRE II.....	80
SECTION I. — Généralités.....	80
§ I. Position de la question.....	80
§ II. Le Fondement de l'action en satisfaction morale et appréciation sur ses conditions d'exercice.....	82
§ III. Les points de contact entre action en satisfaction morale et action en dommages-intérêts.....	84
§ IV. L'action en satisfaction morale par des personnes morales.....	87
SECTION II. — Analyse des conditions d'exercice de l'action en satisfaction morale.....	90
§ A. De l'acte illicite.....	91
§ B. De la faute grave.....	98
1 ^o imputabilité.....	98
2 ^o culpabilité.....	100
§ C. Du préjudice grave.....	104
SECTION III. — Du caractère personnel de l'action en satisfaction morale.....	107
SECTION IV. — Particularités de certaines applications légales de la responsabilité morale.....	112
§ A. L'article 47 C.O.....	112
§ B. L'article 29 C.C.....	125
§ C. L'article 93 C.C.....	125
§ D. L'article 134 C.C., al. II.....	126
§ E. Article 151 C.C., al. II.....	127
§ F. Article 318 C.C.....	127
§ G. Article 43 de la loi fédérale du 7 décembre 1922.....	128
SECTION V. — Du cumul de la responsabilité morale et de la responsabilité civile.....	130
CHAPITRE III. — La réparation morale.....	139
SECTION I. — Généralités.....	139
SECTION II. — La réparation pécuniaire du préjudice moral.....	143
§ A. Considérations relatives à la personne de la victime.....	143
a) la faute de la victime.....	144
b) la réceptivité de la victime.....	144

... c) situation familiale, sociale et pécuniaire de la victime.....	146
· § B. Considérations relatives à l'auteur de la faute	146
a) la faute de l'auteur du préjudice.....	147
b) autres circonstances.....	149
SECTION III. — Autres modes de réparation.....	152
CONCLUSION.....	155
BIBLIOGRAPHIE.....	159

Poitiers. — Société française d'Imprimerie et de Librairie.

Imprimé en France
PAR LA SOC. FR. D'IMP.
ET DE LIB. - POITIERS
— 1939 —
